

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

DU

CONSEIL DE FAMILLE

ET DES

CONDITIONS DE VALIDITÉ ET DE NULLITÉ DE SES DÉLIBÉRATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le mardi 3 mai 1898, à 3 heures 1/2 de l'après-midi

PAR

Adolphe THÉZELOUP

CAEN

IMPRIMERIE CHARLES VALIN

7 ET 9, RUE AU CANU

1898



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

DU

CONSEIL DE FAMILLE

ET DES

CONDITIONS DE VALIDITÉ ET DE NULLITÉ DE SES DÉLIBÉRATIONS

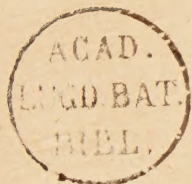
THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le mardi 3 mai 1898, à 3 heures 1/2 de l'après-midi

PAR



Adolphe THÉZELOUP

CAEN

IMPRIMERIE CHARLES VALIN

7 ET 9, RUE AU CANU

1898

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

Année scolaire 1897-1898

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (*, I. *), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. TOUTAIN (*, I. *), professeur de *Droit administratif*.
DANJON (I. *), professeur de *Droit commercial* et de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (*, I. *), professeur d'*Économie politique*, chargé du cours de *Droit constitutionnel comparé* (DOCTORAT).

LAISNÉ DES HAYES (☉, A. *), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours de *Code civil*.

GUILLOUARD (*, I. *, C. *), professeur de *Code civil*.

LEBRET (I. *), professeur de *Code civil* (élu député du Calvados).

CABOUAT (I. *), professeur de *Droit international public* et *privé*, et de *Législation industrielle*.

MARIE (I. *), assesseur du doyen, professeur de *Droit criminel*, et chargé du cours sur la *Coutume de Normandie*.

MM. Ambroise COLIN (I. ☉), professeur de *Code civil*,
et chargé du cours d'*Histoire du Droit français*
(DOCTORAT).

BIVILLE (A. ☉), professeur de *Procédure civile*, et
chargé du cours d'*Histoire générale du Droit*
français (LICENCE).

AGRÉGÉS :

MM. DEBRAY, chargé d'un cours de *Droit romain*, du
cours de *Pandectes* et du cours de *Code civil*
approfondi et comparé.

René WORMS (A. ☉), chargé des cours d'*Histoire*
des Doctrines économiques et d'*Économie poli-*
tique (DOCTORAT).

LE FUR, chargé des cours de *Législation financière*
et d'*Éléments du Droit constitutionnel*.

SECRÉTAIRE :

M. GILLET (I. ☉), secrétaire du Conseil de l'Université
de Caen.



A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MA FAMILLE

A MES AMIS

JURY D'EXAMEN

MM. AMBROISE COLIN, *professeur*, PRÉSIDENT DE LA THÈSE.

J. LAISNÉ DES HAYES, *professeur*.

BIVILLE, *professeur*.

BIBLIOGRAPHIE



- AUBRY ET RAU. *Cours de Code civil.*
ANNUAIRE de lég. étr. Ann. 1875, 1887-1888.
BAUDRY-LACANTINERIE. *Précis de Code civil*
BEAUNE. Introduction à l'étude historique
du Droit coutumier français.
BEAUNE *Droit coutumier.* — La condition
des personnes.
DALLOZ. Répertoire de législation.
DALLOZ. Recueil périodique et critique
de jurisprudence, de législation
et de doctrine en matière civile,
commerciale, criminelle, admi-
nistrative et de droit public.
DÉFRÉNOIS. *Commentaire pratique de la loi*
du 27 février 1880.
DELVINCOURT. *Cours de Code civil.*
DEMANTE. *Cours analytique de Code civil.*
DEMOLOMBE *Traité de la minorité, de la tu-*
telle et de l'émancipation.
DURANTON *Cours de Droit civil français.*
ESMEIN. *Histoire du Droit français*
FENET Recueil des travaux prépara-
toires du Droit civil.
GLASSON *Histoire du Droit et des institu-*
tions de la France.

HUC.	<i>Commentaire théorique et pratique du Code civil.</i>
LANGLOIS.	<i>Du rôle et des attributions du conseil de famille. (Thèse, Paris 1884.)</i>
LAURENT.	<i>Principes de Droit civil.</i>
LEHR.	<i>Éléments de Droit civil germanique.</i>
LEHR.	<i>Éléments de Droit civil anglais.</i>
LEHR.	<i>Droit civil espagnol.</i>
LEHR.	<i>Éléments de Droit civil russe.</i>
MARCADÉ.	<i>Explication théorique et pratique du Code civil.</i>
MASSÉ ET VERGÉ. . . .	<i>Sur Zacharie (1854).</i>
MICHAUX (Albert) . . .	<i>Du conseil de famille. (Thèse, Paris 1885.)</i>
SIREY.	<i>Recueil général des lois et arrêts.</i>
TOULLIER.	<i>Droit civil français.</i>
VIOLLET	<i>Histoire du Droit civil français.</i>



DU CONSEIL DE FAMILLE

ET DES

CONDITIONS DE VALIDITÉ ET DE NULLITÉ DE SES DÉLIBÉRATIONS

INTRODUCTION

La société a pour base la famille, et c'est dans le principe même de la famille qu'il faut aller chercher les racines, les sources et la raison d'être du conseil de famille.

La famille, en effet, forme une chaîne dont les anneaux peuvent être brisés par la mort, l'indignité ou l'incapacité : c'est alors qu'il est du devoir de la grande famille, de la société, de remplacer ces anneaux brisés. C'est là un devoir que lui commandent la morale, l'humanité et l'intérêt général, qui veulent que l'on porte aide et protection à l'incapable.

Pendant la vie de ses père et mère, l'incapable n'a pas besoin d'autres protecteurs que

ceux que la nature lui a donnés elle-même ; aussi, l'État laisse-t-il au père et à la mère une large part d'initiative et une grande liberté en ce qui concerne l'administration de la personne et des biens de l'incapable. Mais, une fois le père et la mère disparus, c'est alors qu'apparaît le rôle de la société ; c'est à elle qu'incombe le devoir de refaire une famille à l'incapable et d'assurer la protection de sa personne et de ses intérêts : de là l'institution du conseil de famille.

Qu'est-ce donc que le conseil de famille, tel qu'il existe aujourd'hui, en France, en vertu des lois positives ?

Le conseil de famille est une assemblée de parents, ou à défaut de parents, d'amis présidée par le juge de paix, dont les attributions consistent à nommer et à destituer les tuteurs, à les autoriser à faire certains actes juridiques, et à donner son avis sur les affaires qui intéressent la personne et les biens d'un mineur, d'un interdit ou d'un absent et, en général, de ceux qui n'ont pas capacité légale pour diriger leur personne et leurs biens.

En un mot, et d'une manière plus générale encore, sauf quelques attributions accessoires et exceptionnelles, le conseil de famille est une institution ayant pour objet le contrôle et la surveillance des individus auxquels la loi confie

l'administration de la personne et des biens des incapables.

Mais ce contrôle que notre loi française abandonne ainsi à la famille aurait pu également être confié à une autre autorité ; si nous jetons, en effet, un coup d'œil sur les législations européennes qui nous entourent, nous voyons que certaines, loin d'adopter le système français en abandonnant l'autorité tutélaire à la famille, ont au contraire admis un principe tout différent en confiant cette autorité à l'État ; d'où deux grandes divisions :

Dans une première division, nous rangerons les diverses législations qui admettent en principe que c'est à l'État qu'appartient la haute protection des incapables : c'est le système allemand ou tutelle fondée sur le principe de l'autorité.

Dans une seconde division, au contraire, nous ferons entrer toutes les législations qui considèrent essentiellement la tutelle comme un droit et un devoir de famille : c'est le système français ou tutelle de famille.

A. — *Système allemand.*

Dans cette première division, nous examinerons attentivement la législation allemande, qui est le type de ce système ; puis, nous passerons

ensuite en revue les différentes législations européennes qui ont adopté ce même principe de l'autorité.

En Prusse, aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1875, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1876¹, et applicable aujourd'hui dans toutes les provinces du royaume, même dans les pays rhénans, où le Code civil français était auparavant en vigueur, le tuteur du prodigue, du fou, de l'absent et du mineur est placé sous l'autorité supérieure du tribunal tutélaire. Le principe germanique est que la tutelle de tous les incapables appartient essentiellement à l'État, hormis les deux cas de la tutelle maritale et de la tutelle paternelle, où ce principe de droit public s'efface devant un principe de droit naturel supérieur. La famille n'a nullement ici les droits et les devoirs spéciaux que lui attribue le droit français ; elle n'est appelée ni à fournir le tuteur, ni à le nommer, ni à surveiller sa gestion ; c'est l'État qui s'est réservé toutes ces attributions, et qui conserve toutes ces responsabilités. L'ancienne tutelle de famille du vieux droit germanique a donc été remplacée par une sorte de tutelle dative, émanant de l'autorité supérieure. En principe, le conseil de famille n'existe pas, le contrôle sur la gestion tutélaire, qui, en

1. *Ann. de lég. étr.* 1875, p. 421.

France, est confié à notre conseil de famille, est, en Allemagne, confié à certains corps, et ce contrôle est réglé d'une façon différente par le droit public de chaque pays. En général, cette surveillance est exercée le plus souvent par certains corps administratifs spéciaux, formant parfois entre eux plusieurs instances. Le tribunal tutélaire est ordinairement composé d'un juge, dont la compétence est invariablement déterminée par le lieu de l'ouverture de la tutelle : c'est le juge de paix, bailli ou commissaire de la justice. Ces administrations pupillaires jouent un rôle très important : ce sont elles qui nomment le tuteur ou le déchargent de ses fonctions, font dresser les inventaires, examinent les comptes annuels et le compte final. La plupart des actes que le tuteur passe avec les tiers n'obligent le pupille que s'ils ont été homologués par l'autorité pupillaire.

Cette institution offre aux pupilles de grands avantages ; car elle permet certains actes tels que les aliénations d'immeubles, qui, dans les législations où le tuteur agit seul, sont ou complètement prohibées ou entourées d'une foule d'entraves. De plus, les collèges pupillaires ont encore eu pour résultat d'augmenter les garanties dont jouissent les pupilles ; car, si le tuteur est déjà responsable des dommages provenant de son fait ou de sa négli-

gence, l'autorité elle-même l'est subsidiairement.

Bien que, comme nous l'avons dit, le conseil de famille n'existe pas en principe, néanmoins il peut être constitué lorsqu'il aura été ordonné par le père ou la mère légitime. Cette introduction du conseil de famille, que la loi prussienne fait presque à regret, est une concession faite aux usages des provinces rhénanes, où le Code civil français était resté en vigueur jusqu'en 1875. Ce conseil de famille n'a pas du reste l'importance de notre conseil de famille français : ce n'est pas, comme chez nous, un organe essentiel de la tutelle. Lorsque sa formation a été requise, le conseil de famille est alors composé des membres que le père ou la mère a désignés par acte de dernière volonté ; il est présidé par le juge tutélaire. Lorsque le père ou la mère n'ont pas fait cette désignation, le juge tutélaire nomme lui-même deux membres après avoir pris l'avis des parents ou alliés, s'ils sont sur place, et le conseil de famille ainsi composé peut se compléter lui-même, s'il le juge à propos, par le choix de nouveaux membres. Contrairement à notre droit civil français, le nombre maximum des membres du conseil est de dix sans exception pour les frères germains, maris de sœurs germaines et ascendantes veuves ; mais, comme chez nous, le juge tutélaire a voix prépondérante

en cas de partage. Ce conseil de famille exerce tous les droits et a tous les devoirs du tribunal tutélaire ; c'est-à-dire qu'il exerce une surveillance permanente sur le tuteur, et peut infliger au tuteur et au subrogé tuteur des amendes disciplinaires de 300 marks au maximum pour assurer l'exécution de ses ordres ou de ses prohibitions ; il détermine également les garanties à fournir par le tuteur ; il autorise certains actes, et peut enfin déclarer le mineur majeur. Les membres du conseil de famille peuvent refuser d'en faire partie ; mais, une fois qu'ils ont accepté, ils doivent assister aux séances personnellement sous peine d'amende, et sont responsables envers le mineur.

En Angleterre, nous retrouvons également le même principe de l'autorité. Il n'y a pas de conseil de famille ; c'est le souverain qui est le protecteur né des incapables et des abandonnés et qui délègue son pouvoir à la Cour de la Chancellerie. La tutelle appartient tout d'abord au père légitime ; à défaut du père ou lorsque le père n'a pas désigné d'autre tuteur pour le remplacer, c'est à la mère qu'appartient de plein droit la tutelle. Enfin, à défaut de père ou de mère ou de tuteur testamentaire, et si le pupille ne choisit pas lui-même son tuteur, c'est la Cour de Chancellerie qui, agissant au nom du souverain, nomme au pupille un tuteur datif.

En agissant ainsi, la Cour fait un acte de juridiction générale susceptible d'être porté par voie d'appel devant la chambre des lords.

Le tuteur a en principe une grande responsabilité : en ce qui concerne la personne de son pupille, lui seul décide du genre d'éducation. Quant aux biens, il en est l'administrateur, mais il ne peut les dénaturer, c'est-à-dire convertir les meubles en immeubles ou vice versa, sans l'autorisation de la Cour de la Chancellerie. A la fin de la tutelle, le tuteur doit rendre compte au pupille de son administration, et il est responsable de sa faute ou de sa négligence. Si le tuteur veut se mettre à couvert et échapper à la responsabilité effective, il peut le faire, grâce au rôle de surveillant général des tutelles que la loi attribue au lord chancelier : il lui suffira pour cela de se placer sous la garantie d'une section de la Haute Cour, qui est chargée d'autoriser les tuteurs à faire les actes les plus graves de leurs fonctions ; mais, dans ce cas, le tuteur devra rendre un compte annuel de sa gestion.

En Russie, nous ne trouvons pas plus qu'en Angleterre l'institution du conseil de famille. C'est tout d'abord au père ou à la mère qu'il appartient de veiller sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs : tel est le principe général. Si le père ou la mère ne peuvent

ou ne veulent pas se charger de la tutelle de leurs enfants, ils peuvent leur nommer un tuteur testamentaire, tuteur qui, une fois nommé, sera assimilé au tuteur datif. A défaut de tuteur légal ou testamentaire, ce sera à l'autorité qu'il appartiendra de nommer un tuteur au mineur ; autorité qui est représentée aujourd'hui en Russie par des corporations très différentes, suivant la région et la classe à laquelle appartient le pupille.

Le soin de pourvoir à la tutelle des orphelins nobles et des orphelins d'ecclésiastiques, appartenant à la noblesse héréditaire, incombe à la « Tutelle noble », c'est-à-dire à une commission élue par le corps de la noblesse de la circonscription, et présidée par le maréchal de cette noblesse. Ce même soin est dévolu à l'autorité ecclésiastique pour les enfants de membres du clergé inférieur et au Tribunal des orphelins, qui est une émanation de l'autorité municipale : 1° pour les enfants de personnes ne jouissant que de la noblesse personnelle ; 2° pour ceux d'habitants des villes ; 3° pour ceux des juifs habitant, soit leurs terres, soit celles d'autres propriétaires ; 4° pour ceux des ouvriers des fabriques et usines de l'État.

Dans les communes rurales, la même autorité appartient à l'assemblée communale.

Ce sont, dans chaque cas particulier, soit le

maréchal de la noblesse ou le chef de la ville, soit la famille intéressée ou des personnes étrangères assistées du prêtre de la paroisse, soit encore l'autorité supérieure qui saisissent la « Tutelle noble » et le Tribunal des orphelins.

Le tuteur prend soin de la personne de son pupille, dont il doit, en entrant en charge, faire constater par un inventaire l'importance de la fortune mobilière et immobilière. Il jouit d'une liberté relative pour disposer du mobilier et gérer les immeubles de son pupille ; mais il est rigoureusement entravé quant à l'aliénation de ces mêmes immeubles. Il ne peut la consentir que dans trois cas : 1° en cas de partage entre des cohéritiers majeurs et mineurs ; 2° pour le paiement des dettes héréditaires ; 3° lorsqu'un bâtiment est complètement dégradé, et qu'il coûte plus qu'il ne rapporte. Encore, dans ces divers cas, la vente est-elle soumise à un grand luxe de formalités : le tuteur, de son plein gré ou sur la demande des créanciers héréditaires, adresse au Tribunal des orphelins une demande que ce corps transmet avec son avis au tribunal civil ; le tribunal, après examen, saisit de l'affaire le Sénat par l'entremise du gouverneur de province, et ce n'est qu'après l'autorisation du Sénat que la vente est valable.

Le tuteur est tenu de présenter, chaque année au mois de janvier, le compte des recettes et des

dépenses de l'année précédente à l'autorité (Tutelle noble ou Tribunal des orphelins), sous le contrôle de laquelle il est placé. De cette manière, l'autorité peut s'assurer annuellement si le tuteur administre avec la diligence et l'intelligence voulues le patrimoine de son pupille, et s'il donne à ce dernier l'entretien et l'éducation que commande sa condition.

L'autorité tutélaire, après avoir examiné ce compte, le transmet au tribunal civil, qui est chargé de veiller à ce que l'envoi lui en soit fait exactement, et, au besoin, doit en référer au gouverneur pour faire rappeler à l'ordre les retardataires.

Ces règles s'appliquent dans toutes les parties de l'empire qui n'ont pas de législation spéciale.

En Suisse, pendant longtemps, les législations des divers cantons réglaient d'une façon assez disparate la capacité juridique et les circonstances qui la déterminent; l'âge de la majorité variait de 19 à 24 ans. Une loi fédérale du 14 juin 1881, sur la capacité civile, a fixé des règles uniformes pour l'ensemble du pays; mais elle a laissé subsister les législations locales en matière d'organisation et d'administration des tutelles. Partout la tutelle est fondée sur le principe de l'autorité; partout, la famille est écartée de la tutelle ou n'y joue qu'un rôle très effacé.

La tutelle ne prend naissance qu'après la mort du père, et la mère n'est tutrice légale que dans quelques cantons de la Suisse centrale et en Thurgovie. C'est l'autorité qui nomme le tuteur, et ce dernier ne gère que sous son contrôle et qu'avec son autorisation. Cette autorité tutélaire varie suivant les différents cantons ; le plus souvent, elle est confiée aux municipalités ou à une commission communale ; dans la Suisse romande et dans les Grisons, elle appartient à des corps judiciaires. Ces différents systèmes offrent de grandes garanties pour les incapables ; car, outre la responsabilité du tuteur, dans certains cantons, les membres des administrations tutélaires répondent personnellement des fautes qu'ils laissent commettre au tuteur, et, dans d'autres, les communes elles-mêmes sont tenues subsidiairement.

En Hongrie, le droit civil n'est pas encore codifié ; la minorité, la puissance paternelle et la tutelle ont fait l'objet de la loi XX de l'année 1877, modifiée par la loi VI de l'année 1885 ¹. L'autorité tutélaire est exercée au premier degré par les municipes, par les villes pourvues d'un magistrat régulier, et exceptionnellement par les communes, au moyen de l'intermédiaire de leur conseil d'orphelins. Ce conseil doit être

1. *Ann. de lég. étrang.* 1877, p. 234.

composé d'un président, de deux assesseurs au moins et d'un notaire, qui n'a pas en général de voix délibérative. Il est permis aux délégations municipales et aux représentations des villes de choisir dans leur sein un certain nombre de personnes qui assisteront avec voix délibérative aux séances du conseil, en nombre égal à celui des assesseurs ; mais la responsabilité de leur vote remontera à la commune ou à la ville. Les membres du conseil des orphelins doivent remplir certaines conditions de capacité. Ce conseil est une véritable juridiction administrative dont les décisions sont exécutoires et peuvent être frappées d'appel devant les juridictions supérieures. Les parents ont cependant la faculté, au nombre de quatre et sous la condition de ne pas se trouver dans un cas d'incapacité légale, de demander à être consultés sur les questions intéressant leur parent en tutelle. Ils désignent alors celui d'entre eux avec lequel le tuteur ou le curateur devra se mettre en relations. A défaut de parents, un ami de la famille peut lui être substitué ; si on ne trouve pas d'amis, ce sera le tuteur communal qui exercera les droits de la famille. L'autorité tutélaire doit prendre l'avis des parents sur toutes les questions importantes. La famille en général n'a donc pas un rôle nécessaire et permanent dans l'administration de la tutelle. Cependant, la loi hongroise a admis

l'institution du conseil de famille pour les mineurs qui possèdent une fortune considérable : le père qui laisse à ses enfants une succession dont l'actif net dépasse 100.000 gulden, peut, s'il exerce la puissance paternelle, instituer par testament un conseil de famille. Si le père n'a pas fait cette institution, sur la demande formée par la mère, un aïeul ou des collatéraux, lorsque le mineur possédera une grande fortune, le ministre de l'intérieur pourra autoriser la constitution d'un conseil de famille. Ce conseil de famille doit être composé de quatre membres et d'un président, qui est de droit le président ou le vice-président du conseil des orphelins. Les membres sont des parents ou des amis; leurs fonctions ne sont pas obligatoires; ils sont responsables de la conservation de la fortune du mineur.

Le conseil a les attributions de l'autorité tutélaire, sauf cependant l'exécution de ses propres décisions, c'est-à-dire la nomination d'un tuteur ou d'un curateur, la déclaration de majorité, la procédure d'inventaire ou de règlement de succession, le droit de prononcer des amendes et la juridiction disciplinaire. De même que le conseil d'orphelins, il décide, relativement aux valeurs en papier et aux titres de créance des mineurs, s'ils doivent être aliénés, si le paiement doit être réclamé ou s'ils doivent être conservés; c'est encore lui qui

décide si les fonds doivent être placés en prêts hypothécaires ou dans des banques solides. Les décisions du conseil de famille peuvent être attaquées par voie de recours au ministère de l'intérieur. Ce conseil est soumis à la surveillance du ministère de l'intérieur ; tous les ans il doit adresser à ce ministre un rapport sur l'état de la fortune du mineur ; et, si le conseil de famille administre mal ou avec négligence, le ministre de l'intérieur a plein pouvoir pour le dissoudre.

B. — *Système français*

En Espagne, le code civil espagnol de 1888-89 substitue à la tutelle publique usitée dans l'ancien droit le système français, c'est-à-dire la tutelle de la famille. Le conseil de famille du nouveau droit espagnol a des attributions analogues à celles des conseils de famille français. Mais nous devons cependant relever entre ces deux institutions certaines différences : le conseil de famille espagnol ne compte que cinq membres, y compris le président, que les membres du conseil de famille choisissent eux-mêmes parmi eux ; de plus, ce corps, une fois constitué, devient un corps permanent, et peut se réunir aussi souvent qu'il le veut, sans aucune intervention du juge.

Le tuteur testamentaire, les parents appelés à la tutelle légale, les membres de droit du conseil, doivent, sous peine de dommages-intérêts, dès qu'ils sont informés que la tutelle est ouverte, en prévenir le juge municipal, qui ordonne aussitôt la composition d'un conseil de famille. Si le père ou la mère n'a pas désigné dans son testament les membres du conseil de famille, cette assemblée se composera des ascendants et descendants mâles, des frères et des maris des sœurs vivantes du mineur ou de l'incapable, quel que soit leur nombre. S'ils sont moins de cinq, on complète ce chiffre en appelant les collatéraux les plus proches des deux lignes paternelle et maternelle ; s'il n'y en a pas, ou s'ils ne sont pas tenus de siéger au conseil, le juge municipal nomme à leur place des personnes honorables, choisies de préférence parmi les amis des père et mère de la personne à assister. De même, à défaut de parents du degré ci-dessus indiqué, le juge appelle d'abord les parents suivant l'ordre de leur proximité, et, en seconde ligne, des amis jusqu'à concurrence de cinq.

Aussitôt que le conseil est constitué par le juge municipal, il prend les mesures nécessaires pour veiller sur la personne et les biens du mineur, et pour constituer la tutelle. Lorsque, dans une de ses délibérations, le conseil de famille a commis une erreur, sans qu'il y ait dol ni préju-

dice pour l'incapable, les tribunaux peuvent couvrir la nullité de cette irrégularité, à charge de réparer cette erreur pour l'avenir. Les membres du conseil sont responsables de leur dol et de leur négligence ; toutefois, n'encourent pas cette responsabilité les membres qui ont voté contre la mesure qui a été préjudiciable.

En Italie, les règles édictées par le Code civil italien, promulgué en 1866, sont à peu près les mêmes que celles que le code civil français a prescrites pour notre conseil de famille.

Le conseil de famille italien est constitué devant le préteur du ressort où se trouve le siège principal des affaires du mineur. Ce conseil est permanent ; cependant, un décret du tribunal civil peut autoriser le tuteur à en transférer le siège dans le ressort du lieu où il transporte lui-même son domicile. C'est le préteur qui convoque et préside le conseil de famille ; outre le préteur, ce conseil se compose de quatre conseillers ; le tuteur et le protuteur font partie de cette assemblée. Sont conseillers de droit : 1° les ascendants mâles du mineur, 2° les frères germains, 3° les oncles. À leur défaut, on appelle les plus proches parents, les alliés ou des amis. Les actes du conseil de famille ne peuvent plus être contestés pour raison d'incompétence ou d'irrégularité de sa composition après six mois à partir du jour de la première convocation, et

même pendant cette période, ces actes ne peuvent être annulés au préjudice des tiers de bonne foi.

Hors le cas de tutelle légale des ascendants, c'est le conseil de famille qui fixe le lieu où le mineur sera élevé et le genre d'éducation qu'il recevra, après avoir entendu le mineur lui-même, s'il a dix ans révolus. Sauf ces distinctions, les attributions du conseil de famille italien sont les mêmes que celles de notre conseil de famille français.

En Alsace-Lorraine, une loi du 16 juin 1887¹, qui présente une grande analogie avec notre loi du 27 février 1880, concernant les tutelles, a modifié certaines dispositions du Code civil, et réglé surtout l'emploi des capitaux des mineurs. Cette loi conserve des attributions très étendues au conseil de famille : il peut prolonger le délai fixé par la loi au tuteur pour faire emploi de toutes les sommes qui ne sont pas nécessaires pour les dépenses courantes ou pour les frais causés par l'administration tutélaire, et l'autoriser à faire d'autres emplois que ceux prescrits par la loi.

En général, la loi n'assujettit pas le père ou la mère investie de la tutelle légale et non remariée, à faire emploi : 1° des biens qui proviennent

1. *Ann. de lég. étr.* 1887, p. 382.

pour le mineur de la succession du conjoint prédécédé, 2° de ceux de la succession d'un autre ascendant, 3° de ceux enfin qui proviennent de l'administration de ces héritages. Cependant, ces tuteurs eux-mêmes, lorsque la fortune du mineur est en péril, peuvent être soumis à l'obligation de faire un emploi conforme à l'article 1^{er}. Dans ce cas, c'est au conseil de famille que la loi donne le pouvoir de statuer, le tuteur une fois entendu, et sauf homologation du tribunal en cas d'opposition du tuteur.

C'est encore au conseil de famille qu'appartient le droit d'autoriser le tuteur à convertir les titres au porteur en titres nominatifs, et d'ordonner le dépôt des titres nominatifs à la caisse des Dépôts ou à la Banque de l'Empire.

Lorsque les débiteurs du mineur remboursent une créance, le conseil de famille peut ordonner l'assistance forcée du subrogé tuteur à ce remboursement et à la quittance fournie par le tuteur. Sauf dans les cas d'urgence, dans lesquels l'autorisation peut être accordée par le juge du bailliage (correctif qui devrait être apporté à notre loi du 27 février 1880, pour éviter les lenteurs qu'elle entraîne et qui, dans certains cas, sont préjudiciables au mineur), l'assentiment du conseil de famille est nécessaire au tuteur pour opérer : 1° le retrait des titres déposés au nom du mineur, ou de celui

dont il est l'ayant cause, à la caisse des Dépôts ou à la Banque de l'Empire; 2° l'aliénation et la mise en gage de titres ou de créances, ainsi que la conversion des titres nominatifs en titres au porteur.

Enfin, l'article 9 de la loi du 16 juin 1886 investit le conseil de famille du droit de statuer sur la demande du tuteur en restriction de l'hypothèque légale.

En Bavière, une loi du 26 avril 1888¹ est venue modifier certains articles du Code civil français, qui est la loi en vigueur dans le Palatinat rhénan. Les principales modifications apportées au Code civil, en ce qui concerne le conseil de famille, sont les suivantes: la loi a réduit le nombre des membres du conseil de famille à cinq, y compris le juge du bailliage (art. 18); mais elle maintient l'exception faite par l'article 408 pour les frères germains, maris de sœurs germaines et ascendantes veuves. Elle autorise en outre (art. 22) le conseil de famille à relever le tuteur ou le subrogé tuteur de ses fonctions, sur sa demande et pour des motifs graves, en dehors des cas prévus par les articles 431, 433, 434 Code civil. Enfin, aux termes de l'article 27, le conseil de famille peut ordonner, en raison de circonstances déterminées, l'emploi des fonds

1. *Ann. de lég. étr.*, 1888, p. 351.

du mineur qui ne sont pas nécessaires pour acquitter les dettes ou faire face aux dépenses courantes, en d'autres valeurs que celles prescrites par la loi ou en achat d'immeubles.

Dans les Pays-Bas, les attributions du conseil de famille sont beaucoup plus restreintes qu'en France. La nomination du tuteur datif comme les autorisations nécessaires au tuteur lui sont enlevées ; c'est le pouvoir judiciaire qui statue sur ces questions, après avoir simplement pris l'avis du conseil de famille. Le Code civil néerlandais, comme le code civil français, permet aux membres du conseil de famille de se faire représenter.

En Pologne, l'institution du conseil de famille a été conservée ; ce conseil est composé suivant les règles de notre Code civil français : c'est à lui qu'est confiée la nomination du tuteur datif. Le rôle du juge de paix français est rempli dans les villes par le bourgmestre, et dans les villages par le bailli.

C'est le conseil de famille qui exerce la puissance paternelle, qui autorise le tuteur à aliéner un immeuble de son pupille ; mais il ne peut donner son autorisation que pour cause d'une nécessité absolue ou pour un intérêt évident ; mais la délibération autorisant cette aliénation doit être homologuée par le tribunal civil compétent, et la vente ne peut avoir lieu qu'aux

enchères publiques en présence du subrogé tuteur. Le tuteur doit se faire autoriser par le conseil de famille, soit pour introduire, au nom du mineur, une action hypothécaire ou immobilière, soit pour reconnaître une prétention fondée sur des droits immobiliers, soit pour provoquer ou accepter un partage, soit enfin pour faire une transaction valable. C'est encore le conseil de famille qui fixe l'époque à laquelle, chaque année, le tuteur doit rendre ses comptes au subrogé tuteur.

Enfin, en Belgique, le Code civil français est en vigueur.

Maintenant que nous avons exposé l'importance du rôle que chacune des différentes législations européennes a attribuée à la famille dans l'organisation et l'administration de divers incapables, nous allons étudier en détail l'organisation et le fonctionnement de notre conseil de famille français.

Après avoir recherché les sources de cette institution dans le droit romain, dans notre ancien droit et dans le droit intermédiaire, nous examinerons l'organisation dans une première partie. Dans une deuxième partie, nous étudierons la compétence de cette assemblée, les voies de recours que la loi a établies contre ses délibérations, et la responsabilité encourue par les membres qui la composent.

Nous terminerons enfin cette étude en nous demandant si la famille, à laquelle les rédacteurs du Code civil avaient fait une si large place dans l'organisation et l'administration des incapables, n'a pas trompé leurs espérances, et si, à la fin du XIX^e siècle, alors que ces liens de la famille moderne semblent se relâcher de plus en plus, et que l'individu tend graduellement à se substituer à la famille, il ne serait pas préférable d'abandonner le principe de la tutelle fondée sur l'idée de famille, pour confier à l'autorité la protection des incapables.



APERÇU HISTORIQUE

Droit romain. — Ancien droit. — Droit intermédiaire.
Code civil.

§ 1^{er}

DROIT ROMAIN.

A Rome, l'institution de la famille ne reposait pas, comme dans notre droit français, sur l'idée de protection, mais sur le principe de l'autorité, et la puissance paternelle avait été créée complètement au profit du *paterfamilias*. Aussi, est-il tout naturel que l'institution du conseil de famille n'ait pas pu prendre naissance à Rome.

Le tuteur jouissait d'une grande indépendance ; néanmoins, la tutelle romaine n'était pas pour cela dépourvue de tout contrôle, mais il n'était ni permanent ni très effectif. Le seul contrôle, en effet, qui existait alors était la surveillance de l'administration du tuteur par le

magistrat; cette surveillance se manifestait dans l'aliénation des biens du mineur par la nécessité de la confirmation émanant de certains tuteurs, et par l'admission de l'action populaire en destitution. Mais, à aucune époque, nous ne trouvons une institution rappelant le conseil de famille.

Gaius fait bien mention d'un conseil de sénateurs et de chevaliers, et, dans les provinces de *recuperatores* ; mais les fonctions de ce conseil étaient limitées à l'approbation de l'affranchissement des esclaves mineurs de trente ans ou fait par un maître mineur de trente ans.

Si, dans certains cas, on voit apparaître la famille, ce n'est jamais comme une assemblée sanctionnée par la loi, et ayant pour mission de protéger le mineur et de contrôler l'administration du tuteur. La famille n'apparaît alors simplement que dans son intérêt personnel ou pour éclairer le prêteur, par exemple :

D'un texte du Code, il résulte que, lorsque le tuteur délaisse l'administration dont il est chargé, c'est aux parents et amis du mineur d'avertir le prêteur pour qu'il obvie à cette désertion du tuteur. (Loi I au Code, liv. IX, tit. XV.)

La loi 5 § 11 au Digeste, liv. XXVII, tit. IX, traite du cas où, par exception au sénatus-consulte de Septime Sévère, il est nécessaire d'aliéner un fonds appartenant au pupille, afin de

payer des dettes urgentes et d'éviter la *bonorum venditio* : en ce cas, le tuteur n'est autorisé à vendre qu'en vertu d'un décret, que le prêteur ne peut rendre qu'après avoir consulté la famille sur les ressources du pupille et la nécessité absolue de l'aliénation. Le texte s'exprime en ces termes : *Requirat necessarios pupilli, vel parentes, vel libertos aliquos fideles, vel qui notitiam rerum pupillorum habet.*

Justinien décide (loi 25 au Code, liv. V, tit. IV) que, lorsqu'il s'agira de doter les enfants du fou, la dot sera réglée par le préfet de la ville de Constantinople, et le président ou l'évêque dans les provinces, avec le concours tant du curateur du fou ou du dément que des principaux membres de sa famille : *Præsentibus tam curatoribus dementis vel furiosi, quam his qui ex genere eorum nobiliores sunt.*

§ 2

ANCIEN DROIT.

Dans notre ancien droit, la tutelle était, comme en droit romain, fondée sur le principe de l'autorité ; la surveillance des biens et des intérêts du mineur orphelin était confiée au magistrat ; mais, néanmoins, la famille fut exceptionnellement consultée, puis, peu à peu, son

intervention devint plus fréquente, et, finalement, dans les derniers temps de cette période, elle fut admise généralement par la plupart des coutumes, comme par exemple par la coutume de Paris.

Jusqu'au X^e siècle, nous trouvons fort peu de renseignements sur l'organisation de la tutelle des mineurs. Tout ce que nous savons, c'est que la fonction de tuteur est confiée au parent mâle de la ligne paternelle le plus proche, qui, sous le nom de *mundeburdus*, *mundoldaldu*, *bajulus*, administre les biens de son pupille, sans, semble-t-il, pouvoir les aliéner. A défaut de parent pouvant exercer cette tutelle, elle passe au roi, qui l'exerce lui-même ou la fait exercer par un juge. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'à cette époque, nous ne trouvons aucune trace du conseil de famille. Les textes semblent même prouver que, pendant cette période, il n'existe aucun contrôle de l'administration du tuteur, et que la situation du mineur orphelin était très critique ; car un grand nombre de textes du VIII^e et du IX^e siècle recommandent l'orphelin à la pitié publique et privée.

Au moyen âge, du X^e au XIII^e siècle, nous allons trouver la tutelle fondée sur des règles plus précises ; nous rencontrons à cette époque deux sortes de tutelle : 1^o le bail, appelé souvent garde-noble ou *mainburnie*, ancienne tutelle

ou *mundium* germanique ; 2° la tutelle, institution d'origine romaine.

1° Le bail pouvait s'appliquer à des nobles et à des vilains ou des bourgeois ; lorsqu'il s'appliquait à ces derniers, le bail prenait le nom de garde.

Le droit de garde ou de bail de la terre noble se distinguait essentiellement du droit de garde de la personne du mineur. Le premier appartenait au parent à qui devait revenir la terre par succession du côté du père ou de la mère ; le second était confié, soit au survivant de ceux-ci, soit à l'un de leurs parents ou amis.

La garde s'ouvrait par le décès de l'un des père et mère laissant des enfants mineurs ; elle conférait naturellement au père survivant du sous-âgé, avec la *mainburnie* de son enfant, la jouissance de tous les biens, meubles et immeubles, qui lui provenaient de la succession de l'époux prédécédé ou qui pouvaient lui échoir en ligne directe au cours de la garde. Le père en avait tous les revenus, tandis que la mère survivante n'y avait aucun droit. La cause de cette différence provenait de ce que le père, chargé par la règle féodale de desservir le fief de son enfant mineur, s'indemnisait de cette charge par la perception de tous les fruits seigneuriaux.

Lorsque, en cas de décès du père ou de la mère, la garde du sous-âgé était conférée à un parent, le gardien faisait également siens les fruits du fief, mais du fief seulement; car, pour ceux des héritages tenus en roture, il n'avait aucun droit à une jouissance que n'aurait pas justifiée un service féodal.

Ainsi, le gardien-noble percevait tous les droits féodaux, jouissait par exemple du droit de patronage, et pouvait alors nommer ou destituer tous les offices féodaux.

2° Quant à la tutelle, les plus anciens coutumiers la confondent volontiers avec la garde noble ou bourgeoise; cependant, on rencontre des cas fréquents où le mineur a à la fois un tuteur et un gardien. Cela se produisait lorsque, ne se trouvant pas de parent voulant ou pouvant prendre la garde du sous-âgé, celle-ci était attribuée au seigneur. Les détails de l'administration des biens du sous-âgé étaient alors confiés à une personne qui prenait le nom de tuteur. En général, la tutelle était dative: elle se déférait, toutes les fois que c'était possible, au parent le plus rapproché du sous-âgé. Le tuteur, à moins que ce ne fût le père, ne faisait aucun fruit sien, et il devait compte de son administration. Mais, il faut bien le reconnaître, les coutumes les plus anciennes n'ont pas tracé de règles bien explicites: c'est l'introduction du droit romain

dans le droit coutumier qui a seule permis de déterminer plus tard les obligations du tuteur, et les excuses qu'il pouvait invoquer pour se faire décharger de la tutelle.

Jusqu'au XIII^e, et même au XIV^e siècle, il règne une certaine confusion dans le rôle des parents vis-à-vis des mineurs. Ce qu'il y a d'évident, c'est que la tutelle est fondée sur le principe de l'autorité, ce qui n'empêche pas que, dans certains cas, la famille est néanmoins consultée. Dès 1283, Beaumanoir, dans son commentaire sur les coutumes de Beauvoisis, nous dit que les amis (parmi lesquels on peut placer en tête les parents) peuvent exiger du baillistre la promesse de ne pas marier le mineur sans leur consentement, ou lui faire enlever la garde de ce mineur.

Cependant, comme nous l'avons dit, les mesures de contrôle de l'administration du tuteur étaient peu rigoureuses. Ce manque de surveillance produisit des scandales, les tuteurs s'enrichissaient aux dépens des biens des mineurs ; aussi, en 1285, dans l'année même où les coutumes de Toulouse venaient d'être approuvées par le roi, deux commissaires royaux, Rodolphe, évêque de Laon, et Jean, comte de Forez, rendirent, en exécution d'une mission dont les avait chargés le roi Philippe le Bel, à l'effet d'assurer une meilleure administration

de la justice dans les provinces d'Oc, un arrêté connu sous le nom d'*arrestum sane*¹, qui réglementa sévèrement les tutelles et curatelles. Désormais; les tuteurs et curateurs devaient donner caution et prêter serment devant le juge ordinaire du lieu, dans la huitaine de leur nomination, puis en présence d'un notaire ou de quelques témoins choisis parmi les parents ou, à leur défaut, parmi les amis de la famille du pupille:

C'est dans cet arrêté que, pour la première fois, nous voyons l'intervention de la famille reconnue par la loi. Nous rencontrerons encore cette intervention, à la même époque, dans les différentes dispositions qui concernent les prodigues et les aliénés.

En 1294, le Parlement mit en séquestre les biens de certains époux, pour cause de prodigalité, et en confia l'administration à une personne qu'il désigna, après avoir pris l'avis d'un conseil de famille.

De même, M. Viollet² cite un mandement du roi, de l'an 1303, qui prescrit au bailli d'Amiens de nommer, sur l'avis du conseil de famille, un curateur à un prodigue.

1. On trouve l'*arrestum sane* dans Richebourg, t. II, p. 2006, et dans l'édition de Tardif, *de la Coutume de Toulouse*, p. 81. — M. Laferrière en a donné la traduction dans le tome V de son *Histoire du droit français*.

2. VIOLLET, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 465.

Toutes ces mesures faisant intervenir la famille dans la tutelle et la curatelle semblent, d'ailleurs, avoir été prises un peu au hasard, et sans règles bien précises.

Néanmoins, à partir du XIV^e siècle, une idée nouvelle se fait jour : la pratique finit par considérer les gardes noble et bourgeoise, qui avaient été instituées à l'origine surtout dans l'intérêt du suzerain et de la famille, comme créées également dans l'intérêt du mineur et pour le protéger.

L'année 1453 fut, pour notre droit coutumier, ce qu'a été la Révolution en 1789 pour notre droit civil moderne, c'est-à-dire le point de départ de la rédaction et de la revision de la législation nationale. La coutume qui fut rédigée la première fut la coutume du Bourbonnais ; elle parut en 1500, et fut suivie de celle de Paris en 1510. Ces institutions coutumières, telles qu'elles sont sorties de la rédaction ordonnée en 1453 par Charles VII, vont nous permettre de poser des règles précises.

Au moment de la rédaction officielle des coutumes, le bail avait été remplacé dans la majorité des coutumes par la garde-noble et la garde-bourgeoise. Mais, dans un grand nombre de cas, quand, par exemple, il n'existait aucun ascendant capable d'exercer la garde noble ou roturière, ou bien qu'il en était indigne,

ou encore lorsque le mineur habitait une contrée où la garde-bourgeoise n'était pas reçue par la coutume, il y avait lieu à tutelle, et c'est dans ce cas que nous trouverons notre conseil de famille enfin définitivement organisé.

A la différence des pays de droit écrit, qui admettaient trois espèces de tutelles (légitime, testamentaire et dative), les coutumes n'en reconnaissaient en général qu'une seule : la tutelle dative déférée par le juge. Lorsque, par exception, certaines coutumes, comme les coutumes du Bourbonnais, d'Auvergne, de Bretagne, du Nivernais, de Reims, autorisaient le père à désigner par testament un tuteur à ses enfants mineurs, ce tuteur devait quand même être confirmé par justice sur avis du conseil de famille¹.

Le règlement du Parlement de Rouen du 7 mars 1673 donnait aussi aux parents une grande prérogative ; il déférait en effet la tutelle au père et à l'aïeul, mais permettait aux parents d'apprécier leur solvabilité : « S'ils ne sont solvables, des parents du mineur peuvent élire un autre tuteur en leur lieu et place. »

Lorsque le père mourait, la mère ou l'aïeul, l'ascendant auquel la tutelle légitime était déférée et qui la refusait, les héritiers présomptifs du

1. Cout. Reims, art. 329. -- Nivernais, art. 4. — Auvergne, art. 12.

mineur, parfois même le ministère public, devaient, à peine de dommages-intérêts, appeler le conseil de famille devant le juge du domicile du mineur ou celui de la situation de ces biens, pour élire le tuteur à la pluralité des suffrages. Ce conseil était composé de parents, d'alliés ou, à leur défaut, de voisins du mineur, au nombre de douze, sans compter la personne qui avait provoqué la réunion. Ce nombre variait suivant certaines coutumes : il suffisait de sept présents en Nivernais, de six en Berry, de cinq à Orléans, pour que la délibération fût valide. Le choix du tuteur devait porter sur un des parents convoqués et, autant que possible, sur le plus proche successible. De plus, en général, les membres du conseil étaient tenus de garantir la solvabilité de l'élu au temps de son élection.

Le tuteur avait sur son pupille un droit de surveillance et de correction ; mais le pupille ne pouvait se marier sans l'autorisation de son tuteur et celle de ses plus proches parents, que le tuteur devait consulter sous peine de punition exemplaire.

Administrateur des biens de son pupille, le tuteur en était considéré comme le véritable maître. Néanmoins, la famille avait, elle aussi, une certaine place dans cette administration des biens du pupille ; car il était interdit au tuteur d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles, sauf

en cas de nécessité constatée par le juge sur l'avis du conseil de famille.

Dès que le tuteur avait entre les mains, l'entretien du mineur étant assuré, une somme suffisante pour en faire un emploi, ce qui s'entendait en général des sommes supérieures à 1.000 livres, il devait l'employer au mieux, sur l'avis des parents, et la placer au taux légal. Il en était en effet comptable à ce taux, à moins que le conseil de famille ne l'autorisât, à raison des circonstances, à constituer des rentes à un taux moins avantageux. De plus, lorsque le tuteur le sommait de le faire, c'était au conseil de famille de lui indiquer un emploi satisfaisant pour les fonds qu'il avait entre les mains.

Enfin, lorsque la mère tutrice se remariait, c'était la famille qui décidait si elle devait être maintenue dans la tutelle, ou si elle devait être révoquée.

De cette étude de notre ancien droit, il résulte que la famille, après avoir joué au début de cette période un rôle assez effacé, était parvenue à la fin à acquérir une certaine importance, et avait de nombreux rapports avec l'institution de notre conseil de famille actuel. On peut donc dire à juste titre que le conseil de famille a été une création du droit coutumier.

§ 3

DROIT INTERMÉDIAIRE.

Nous allons retrouver cette intervention de la famille dans notre droit intermédiaire, mais avec un tout autre caractère.

Dans notre ancien droit, en effet, l'intervention de la famille était un lointain souvenir des traditions germaniques, de la propriété familiale. S'il est vrai qu'à la fin de cette période, l'idée de protection du mineur avait commencé à poindre, il n'en est pas moins évident que la famille n'intervenait dans la tutelle que dans son propre intérêt : dans le but de conserver les propres appartenant à l'incapable dans la famille, et ce qui le prouve bien, c'est que le tuteur avait toute liberté pour aliéner les meubles du mineur, alors qu'il ne pouvait vendre le moindre immeuble sans l'autorisation donnée par le juge après avis des parents.

Le droit intermédiaire, lui aussi, a admis l'intervention de la famille dans la tutelle, mais il l'a fondée sur un tout autre principe, il a surtout tenu compte de l'esprit de famille ; s'inspirant de cet esprit de famille, sur lequel sont fondés les droits et les devoirs mutuels des

parents, et notamment l'obligation de défendre et de protéger ceux des membres de la famille qui en ont besoin, il a fait des liens que la nature a formés elle-même un appui pour les institutions civiles. Mais le droit intermédiaire a exagéré cette intervention de la famille ; car, ne se contentant pas d'en faire la protectrice des incapables, ce qui était tout au moins naturel, il a voulu encore la faire intervenir dans des discussions d'intérêt entre personnes majeures et capables, réglementer législativement cette intervention et la rendre obligatoire.

La loi des 16 et 24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, qui, dans le but de rendre les procès moins fréquents, établit, en même temps que le préliminaire de conciliation, un tribunal arbitral pour les contestations entre parents, créa aussi un tribunal de famille spécial, investi du droit de faire enfermer le mineur dont la conduite donnerait lieu à des plaintes.

Cette même loi des 16 et 24 août 1790 traite, dans son titre III article 11, du conseil en lui conférant des pouvoirs très étendus : « Le juge
« de paix, dit-elle, recevra les délibérations de
« famille pour la nomination des tuteurs, des
« curateurs aux absents et aux enfants à naître.
« et pour l'émancipation et la curatelle des
« mineurs, et toutes celles auxquelles la per-
« sonne, l'état ou les affaires des mineurs ou

« des absents pourront donner lieu pendant la
« durée de la tutelle ou curatelle, à charge de
« renvoyer devant les juges de district la con-
« naissance de tout ce qui deviendra contentieux
« dans le cours ou par suite des délibérations
« ci-dessus. Il pourra recevoir dans tous les cas
« les serments des tuteurs et des curateurs. »

On peut voir, d'après ce qui précède, que c'était à la famille que revenait le rôle prépondérant : le juge de paix était, à cette époque, loin d'avoir l'autorité que la loi lui donne de nos jours dans ces sortes de délibérations. Son rôle se bornait alors à surveiller ce qui se traitait dans les délibérations du conseil de famille, et à recueillir ce qui y était décidé.

§ 4

CODE CIVIL.

Les rédacteurs du Code civil se trouvaient entre deux alternatives : ou en revenir au principe de notre ancien droit et adopter le système de la tutelle d'autorité, ou abandonner définitivement le principe, continuer la théorie du droit intermédiaire et organiser la tutelle de famille ; c'est ce dernier parti qu'ils ont suivi. Aussi est-ce à juste titre que le tribun Huguet a pu

dire en son rapport fait au Tribunal au nom de la commission de législation, sur la loi relative à la minorité, à la tutelle et à l'émancipation :
« Tribuns, je viens vous faire connaître l'opinion
« de votre section de législation sur la loi
« relative à la minorité, à la tutelle et l'éman-
« cipation. C'est une des lois du Code civil qui
« doit appeler plus particulièrement votre intérêt
« et votre sollicitude. Elle détermine d'une
« manière positive les règles qui seront à suivre
« pour l'administration des personnes et des
« biens des enfants mineurs, de ces êtres faibles
« qui réclament, par l'intérêt qu'ils inspirent,
« l'appui et toute la bienveillance de l'autorité
« publique. Ce n'est point une législation nou-
« velle qui vous est soumise, ce n'est point un
« système nouveau qui vous est présenté ; c'est
« un choix de préceptes, de maximes et de
« règles déjà éprouvées par l'expérience des
« siècles, et que la raison a justifié depuis
« longtemps. »

Enfin la loi, décrétée le 5 germinal an II (26 mars 1803) et promulguée le 15, devint le titre X livre 1^{er} du Code civil.

Il n'est survenu depuis que deux modifications à la législation du Code civil en matière de tutelle.

L'une concerne les pouvoirs du tuteur sur la fortune mobilière du mineur : c'est l'objet de

l'importante réforme accomplie par la loi du 27 février 1880.

L'autre consiste dans l'incapacité d'être tuteur, subrogé tuteur ou membre du conseil de famille, attachée à la déchéance de la puissance paternelle, que la loi du 24 juillet 1889 prononce ou autorise les tribunaux à prononcer dans des cas déterminés.



PREMIÈRE PARTIE

Organisation.

CHAPITRE PREMIER

COMPOSITION DU CONSEIL DE FAMILLE.

Les règles particulières pour la convocation des conseils de famille, sont tracées par le Code sous les articles 405 et suivants :

« Lorsqu'un mineur restera sans père, ni
« mère, ni tuteur élu par ses père et mère, ni
« ascendants mâles, comme aussi lorsque le
« tuteur de l'une des qualités ci-dessus (désigné
« par la loi ou par les père et mère) se trouvera,
« ou dans le cas des exclusions ci-après, ou
« valablement excusé, il sera pourvu par un
« conseil de famille à la nomination d'un
« tuteur. »

L'article 405 crée donc l'institution du conseil de famille ; cet article semble, tout d'abord, une disposition particulière n'instituant le conseil de famille que pour le cas particulier qu'il détermine : nomination du tuteur ; mais, en général, tous les autres articles relatifs à la composition du conseil, au mode de convocation, etc., et toutes les règles posées par la section IV sont applicables dans tous les cas où il y a lieu, pour une cause ou pour une autre, de réunir le conseil de famille.

Ce conseil de famille va ainsi former, pendant toute la minorité, une sorte de Tribunal domestique, auquel devront être soumises toutes les affaires les plus importantes qui concerneront la personne ou les biens du mineur¹ : ce caractère de Tribunal privé et de famille ressort de toutes les dispositions du Code, et notamment des articles 405, 446, 447 et 450 du Code civil.

La première question qui se pose est celle de savoir en quel lieu doit être formé le conseil de famille ?

D'une manière générale, le conseil de famille doit être formé là où est le domicile du mineur ; mais alors le domicile du mineur est-il immuable ou change-t-il avec celui du tuteur ?

D'abord, aux termes de l'article 406 (Code

1. DEMOLOMBE, T. VII, p. 143.

civ.), la convocation se fait devant le Juge de paix du domicile du mineur, ce qui s'entend du domicile où la tutelle s'ouvre pour la première fois ; or, aux termes de l'article 108 (Code civ.), le mineur non émancipé a son domicile chez son père durant le mariage.

Le domicile du mineur, au moment où la tutelle légale s'ouvre par la mort d'un des époux (art. 308 Code civ.), est au domicile de son père ; donc c'est au lieu de ce domicile que la tutelle s'ouvre, et que le conseil de famille doit être formé.

Maintenant, ce domicile de la tutelle, une fois établi, est-il désormais immuable, ou bien est-il associé au domicile du tuteur, et doit-il changer toutes les fois qu'un tuteur nouveau succédera à celui-ci, ou que le tuteur en exercice changera lui-même de domicile ?

Supposons d'abord qu'un tuteur nouveau succède au tuteur en exercice.

M. Marcadé (t. II, art. 410, n° 3) fait une distinction dans ce cas :

Est-ce un tuteur testamentaire ou un ascendant tuteur légitime qui succède à la tutelle du dernier mourant des père et mère ?

Alors, il y aura déplacement du domicile de la tutelle, et c'est au lieu du domicile propre et personnel de ce nouveau tuteur que la tutelle sera désormais domiciliée.

Est-ce, au contraire, un tuteur datif ?

Le domicile ne sera pas déplacé.

Ce système raisonne de la manière suivante :

Aux termes de l'article 108 Code civil, le mineur a son domicile chez son tuteur ; or, le tuteur testamentaire et l'ascendant tuteur légitime sont investis de la tutelle immédiatement et indépendamment du conseil de famille ; donc leur domicile devient immédiatement celui du mineur.

Nous nous rallierons à l'opinion de M. Demolombe (t. VII, p. 150). Cet auteur ne distingue pas si le tuteur est légitime ou testamentaire ou datif ; il décide que, quel que soit le nouveau tuteur, le domicile de la tutelle reste le même, et n'est pas transporté au domicile de ce nouveau tuteur.

Pour lui, lorsque l'opinion contraire invoque l'article 108, elle confond deux choses absolument distinctes : le domicile de la tutelle, qui est le siège des rapports du tuteur avec le conseil de famille, et le domicile du mineur, qui est le siège des rapports du tuteur avec les tiers.

Il base son opinion sur ce que, aux termes de l'article 421 Code civ., le tuteur testamentaire ou légitime doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer un conseil de famille, composé comme il est dit à la section IV, c'est-à-dire conformément à l'article 407 Code civil.

Or, aux termes de l'article 407, ce conseil doit être formé dans la commune où la tutelle sera ouverte ; et il est impossible de prétendre que la tutelle s'est ouverte au domicile de celui qui vient d'être appelé à l'exercer si la tutelle s'est ouverte au domicile du père du mineur ; c'est donc à ce domicile que le nouveau tuteur testamentaire ou légitime doit faire convoquer le conseil de famille.

Un nouveau tuteur n'est point une nouvelle tutelle, et, pour le mineur, la tutelle ne s'ouvre point par cela seul qu'il change de tuteur.

Remarquons d'ailleurs, avec M. Demolombe, que, si le tuteur testamentaire ou légitime reçoit la tutelle du testament ou de la loi et non pas du conseil de famille, cette tutelle pourtant n'est pas encore organisée, tant que le conseil de famille n'a pas été réuni ni le subrogé tuteur nommé, tant que le tuteur lui-même enfin n'a pas été reconnu par le conseil.

Le tuteur peut-il, en changeant de domicile, changer le domicile de la tutelle ?

Cette question est très grave, aussi a-t-elle soulevé de nombreuses dissidences entre les jurisconsultes ; car deux intérêts se trouvent en présence : l'intérêt du mineur et l'intérêt du tuteur, et forcément, l'un ou l'autre de ces intérêts, quelle que soit l'opinion que l'on adopte, sera sacrifié.

Si le tuteur, en effet, peut déplacer, en même temps que son domicile propre, le domicile de la tutelle, l'intérêt du mineur sera en péril : le tuteur pourra ainsi échapper à la surveillance d'un conseil de famille composé de parents proches, dévoués aux intérêts du mineur, et au contrôle d'un subrogé tuteur diligent et sérieux, et former, là où sera son nouveau domicile, un conseil de famille composé de personnes indifférentes, qui nommeront un subrogé tuteur qui ne s'intéressera pas plus qu'elles-mêmes aux intérêts du mineur.

D'un autre côté, si le domicile de la tutelle est immuable, que de tracas et de dérangements pour le tuteur chaque fois qu'il sera obligé de convoquer un conseil de famille.

De plus, il peut arriver que le père du mineur soit un fonctionnaire qui meurt loin de son pays d'origine, et alors toutes les raisons que nous invoquions en faveur du mineur pourront se retourner contre lui.

Aussi cette question n'a-t-elle pas donné lieu à moins de quatre systèmes :

Le premier système se base sur l'article 108 Code civil : il enseigne que tout tuteur, quel qu'il soit, datif, légitime ou testamentaire, peut, en changeant de domicile, changer aussi le domicile de la tutelle.

Ce système a le tort de laisser de côté les

articles 406, 407 et 421 du Code civil et l'article 527 Cod. proc. civ.

Le deuxième système ne repose en réalité sur aucun texte ; il est simplement basé sur l'intérêt du mineur : il distingue entre le survivant des père et mère et les ascendants tuteurs légitimes, d'une part, et les tuteurs testamentaires ou datifs, d'une autre part.

D'après cette opinion, il convient d'autant mieux de ne pas séparer le domicile de la tutelle du domicile du père ou de la mère ou de l'aïeul du mineur, que non seulement leur qualité même répond de leur affection pour lui, mais encore que le plus souvent la famille du mineur se trouvera dans le domicile nouveau, que son père ou sa mère, ou son aïeul aura lui-même adopté. Dans le sens de cette opinion, nous pouvons citer : Cass. 10 août 1825, D. P. 1825, 1,405 ; — Toullier et Duvergier, t. I, n° 114 ; — Duranton, t. III, n° 453 ; — Zachariæ, t. I, p. 193 ; — Demante, t. II, n° 158 *bis*. I, III.

Le troisième système, qui est celui de nombre d'auteurs, et notamment de Toullier et de Marcadé (t. II, art. 410, n° 3.), et qui a été pendant longtemps le système de la jurisprudence, fait une distinction entre la tutelle dative d'une part, et la tutelle légitime ou testamentaire d'autre part.

Lorsque la tutelle est dative, les change-

ments de domicile que peut opérer le tuteur ne sauraient avoir pour résultat de changer le lieu de la convocation du conseil de famille, ni d'en modifier la composition primitive : le conseil de famille sera toujours convoqué au domicile qu'avait le mineur ou l'interdit à l'époque de l'ouverture de la tutelle. Ce domicile restera immuable, et le tuteur ne pourra pas se soustraire au contrôle des personnes qui l'ont choisi.

Mais, pour le tuteur légal ou testamentaire, ces auteurs prétendent que la convocation du conseil de famille doit être faite par le Juge de paix du domicile du tuteur ; car, pour eux, s'il est vrai que le tuteur datif, ayant reçu ses pouvoirs du conseil de famille, en soit en quelque sorte le mandataire et ne puisse changer le siège de la tutelle, le tuteur légal ou testamentaire, au contraire, ne tient pas ses pouvoirs du conseil de famille, puisque c'est à lui qu'il appartient de faire créer ce conseil de famille. C'est la loi ou la volonté du dernier mourant des père et mère qui lui a confié la tutelle ; il pourra donc changer le domicile de la tutelle à son gré.

A cet argument de raison, les partisans de cette théorie ajoutent un argument de texte : ils basent la distinction qu'ils font entre le tuteur datif et le tuteur légal ou testamentaire sur ce

que les articles 406 et 407 sont placés dans la section de la tutelle déférée par le conseil de famille, et ne doivent s'appliquer qu'à ce genre de tutelle.

Enfin, vient le quatrième système, qui est aujourd'hui celui de la jurisprudence. C'était celui enseigné par M. Demolombe (t. VII, n° 249); c'est également celui de MM. Aubry et Rau (t. 1 § 92 *bis*, p. 377, note 3), Baudry-Lacantinerie (t. I, n° 1022), Huc (t. III, n° 301).

Ce système ne distingue pas entre le tuteur datif et le tuteur légal ou testamentaire; il enseigne que, dans tous les cas, le conseil de famille doit toujours se réunir au lieu où la tutelle s'est ouverte.

Pour les partisans de cette doctrine, la distinction faite par M. Marcadé entre le tuteur datif et le tuteur légal et testamentaire, est plus ingénieuse que réelle; la loi, en effet, n'a pas eu l'intention de créer deux sortes de tuteurs : le tuteur, de quelque manière qu'il soit nommé, n'est jamais le délégué, le commis du conseil de famille; ses droits sont les mêmes dans un cas comme dans l'autre. Cette différence, en fait, ne reposerait sur aucun motif valable. M. Demolombe (*loc. cit.*) nous en donne un exemple :

« Un ascendant, par exemple, dit-il, est
« nommé tuteur par le conseil de famille,
« parce que l'ascendant plus proche est excusé;

« et cet ascendant, choisi personnellement et en
« connaissance de cause par la famille, n'aurait
« pas le même droit qui aurait appartenu à
« l'ascendant excusé, qui n'était appelé, lui,
« qu'en vertu de sa seule qualité et sans aucun
« examen. »

Quant à l'argument de texte, nous l'avons réfuté à l'avance; nous avons démontré, en effet, que, d'après les articles 406 et 407 Code civ., le domicile de la tutelle n'est pas déplacé, lorsque le tuteur en exercice se trouve remplacé par un nouveau tuteur domicilié dans un autre lieu; or, ces articles sont des articles généraux; ils s'appliquent aussi bien au cas où le tuteur en exercice change lui-même de domicile, *a fortiori*, d'autant plus que, dans le cas où le tuteur est remplacé, on ne peut pas soupçonner que ce changement de tuteur est déterminé par des motifs contraires à l'intérêt du mineur; tandis que, quand le tuteur change de domicile, il peut en être bien autrement.

On ajoute à cet argument que l'article 527 du Code de procédure civile, qui déclare, dans des termes généraux comprenant tous les tuteurs, « que les tuteurs seront poursuivis devant les
« Juges du lieu où la tutelle a été déférée.... », est parfaitement d'accord avec les articles 406, 407 Code civ.

La jurisprudence est fixée dans ce sens

aujourd'hui, et nous pouvons citer de nombreux arrêts. (Nancy, 1^{er} juillet 1853, D. P. 54, 2, 234 ; — Cass., 2 mars 1869, D. P. 69, 1, 199 ; — Metz, 31 mai 1870, D. P. 70, 2, 194.)

Dans toutes les hypothèses que nous venons d'examiner ci-dessus, nous nous sommes occupé du cas de la nomination ou du remplacement d'un tuteur ; mais la solution serait-elle la même pour le cas d'un conseil de famille convoqué par le tuteur lui-même pour un acte d'administration de la tutelle ?

Il semble bien que la jurisprudence, ayant adopté le système précédent, bien qu'il en pût résulter des inconvénients graves pour le tuteur, aurait dû rester constante en ce sens.

La plupart des auteurs que nous venons de citer plus haut, estiment que le conseil de famille doit être invariablement formé au domicile d'ouverture de la tutelle, quelle que soit la qualité du tuteur. Un arrêt (Nancy, 28 juillet 1865, D. P. 66, 3, 477) a admis en principe que, « la « tutelle une fois constituée, c'est au lieu où le « conseil de famille a été d'abord convoqué que « doivent se faire toutes les convocations ultérieures pour le règlement des intérêts du « mineur ».

Cependant, différents arrêts décident, au contraire, que le conseil de famille doit être convoqué au lieu du domicile légal du mineur,

lorsqu'il n'est appelé à délibérer que sur des actes d'administration du tuteur. (Arrêt de la Chambre des Requêtes, 4 mai 1846, D. P. 46, 1, 129.) Cet arrêt a jugé que, tant que la tutelle n'est pas complètement organisée, le mineur n'est réputé n'avoir d'autre domicile que son domicile d'origine ; mais qu'il a, lorsque la tutelle est organisée, pour domicile légal celui de son tuteur, pour tout ce qui concerne les actes d'administration de ce tuteur, pourvu toutefois que les intérêts du mineur ne puissent en éprouver aucun préjudice ; que la convocation peut être valablement faite au domicile régulièrement acquis par le tuteur, lorsqu'il y a lieu d'autoriser des actes de tutelle, comme, par exemple, de délibérer sur l'acceptation d'une donation faite au mineur ou à l'interdit, alors que, d'ailleurs, les intérêts du mineur sont aussi bien protégés au domicile du tuteur qu'ils le seraient au lieu de l'ouverture de tutelle. Depuis cet arrêt, la Cour de Cassation n'a pas eu à se prononcer de nouveau sur la question.

Nous ne pouvons admettre cette théorie ; car nous avons démontré plus haut que les articles 406 et 407 Code civ., bien que placés dans la section relative à la tutelle déférée par le conseil de famille, sont néanmoins des dispositions générales qu'il faut appliquer toutes les fois qu'il y a lieu de convoquer un conseil de famille ;

or, la Chambre des Requêtes base son interprétation sur ce que les articles 406 et 407, qui attachent le domicile de la tutelle au lieu où elle s'est ouverte, sont placés sous la section de la tutelle déférée par le conseil de famille, et ne concernent ainsi que la nomination même du tuteur et aussi du subrogé tuteur. (Art. 421, 422, Code civil.)

D'autre part, cette théorie ajoute que, lorsque le tuteur et le subrogé tuteur décèdent, ou sont excusés ou destitués, le lien qui attachait à leur domicile personnel le domicile du mineur tant que durait la tutelle, est rompu, que cette organisation est détruite, et qu'on peut concevoir que la tutelle fasse alors retour à son point de départ, et qu'elle rentre dans son domicile primitif pour y être à nouveau constituée ou complétée : c'est là le cas prévu par les articles 406, 407, 421, 422 Code civil. Mais, au contraire, tant que la tutelle est organisée et qu'elle fonctionne, le domicile du tuteur doit être aussi celui de la tutelle qu'il représente et personnifie.

En interprétant l'art. 108 comme elle le fait, cette doctrine se met en contradiction flagrante avec les articles 406 et 407; car ce dernier article ne règle pas le domicile de la tutelle en ce qui concerne les rapports du tuteur et du subrogé tuteur avec le conseil de famille, mais simplement les rapports des tiers avec le tuteur comme

représentant du mineur. Cette doctrine, de plus, n'est pas nette et ferme, car elle ne tranche pas nettement la question : dans quel lieu le conseil doit-il être convoqué ? Puisqu'elle s'en remet aux Tribunaux pour apprécier, d'après les circonstances, si les intérêts du mineur ont été sauvegardés, et décide que le conseil de famille peut être convoqué au lieu du domicile nouveau du tuteur, et que, si les intérêts du mineur n'en éprouvent aucun préjudice, la délibération ne sera pas entachée d'irrégularité : en ce sens, Nancy 28 juillet 1865, cité *supra*.

Il semble bien que la théorie vraie est celle qui décide que la délibération d'un conseil de famille incompetent, doit être frappée d'une nullité radicale, et que les juges ne doivent pas avoir la liberté de la maintenir ou de l'annuler, suivant les circonstances, en ayant égard à l'intérêt du mineur, car il existe, en ce cas, une nullité substantielle ; dans cette hypothèse, en effet, la délibération n'émane pas du conseil de famille, mais de personnes qui n'avaient aucune qualité pour se réunir.

Du reste, la théorie émise par la jurisprudence offre de grands inconvénients pour le mineur et pour les tiers : pour le mineur, car d'une manière générale, c'est le plus souvent là où s'est ouverte la tutelle que réside sa famille et la famille de son père ; aussi le conseil de famille sera-t-il

composé de proches et d'amis qui s'intéresseront à la bonne administration de son patrimoine. Si au contraire on valide une délibération prise par un autre conseil de famille convoqué au domicile du tuteur, on s'exposera à tomber sur un conseil de famille composé de personnes, peut-être de bonne foi, mais certainement beaucoup plus indifférentes aux affaires du mineur et beaucoup moins à même de les connaître et de les apprécier.

Pour les tiers, en effet, avec cette théorie, il pourra arriver une telle latitude que deux conseils de famille, formés dans des lieux différents, existeront simultanément, et que l'un pourra autoriser un acte que l'autre refusera d'autoriser. De plus, les tiers ne seront jamais en sécurité pour les actes qu'ils auront passés avec le tuteur, même autorisés du conseil de famille ; car la validité de la délibération prise sera subordonnée à l'appréciation que les Juges du fait pourront donner ultérieurement sur les garanties données à l'intérêt du mineur par la convocation du conseil de famille à tel ou tel domicile.

Maintenant que nous connaissons le domicile du conseil de famille, voyons comment il doit être régulièrement composé.

Le Juge de paix est membre né du conseil de famille ; il en est en même temps le président.

(Art. 406 et 416 Cod. civ.) C'est à lui qu'il appartient de former le conseil de famille et d'apprécier la capacité des personnes qui doivent composer cette assemblée, et de choisir les amis qu'il appelle à défaut de parents, sauf recours au Tribunal. C'est chez lui, à moins qu'il ne désigne un autre local, que se réunit l'assemblée.

Régulièrement (art. 407 Code civil), le conseil de famille doit être composé de six membres outre le Juge de paix.

Cette institution étant une mesure de protection pour le mineur, l'affection présumée de la famille désignait tout d'abord au législateur, pour composer le conseil de famille, les parents et les alliés.

A cette raison, on peut en ajouter une autre invoquée par M. Demolombe : « Les liens de la « famille, dit-il, imposent, en retour des droits « et des avantages qu'ils confèrent, certains « devoirs, certaines charges ; c'est ainsi que les « droits de successibilité réciproque entre les « parents ont pour conséquence les devoirs « relatifs à la tutelle. » (T. VII, n° 252.) D'où il résulte que les six parents ou alliés composant le conseil de famille devront être pris moitié dans chaque ligne ; car, si le mineur décédait sans enfants (art. 733 Code civ.), les parents de chacune des lignes seraient également appelés

à lui succéder. Ces parents ou alliés sont pris tant dans la commune où la tutelle s'est ouverte que dans la distance de deux myriamètres. Le parent est préféré à l'allié du même degré; entre parents du même degré, le plus vieux est préféré au plus jeune.

Mais, pour que l'alliance subsiste, faut-il que l'épouse qui la produisait ait laissé des enfants.

Il est assez généralement reconnu que, par la dissolution du mariage sans enfants, l'alliance cesse d'exister.

Cette théorie était celle de l'ancien droit. Pothier dit : « Les affins sont ceux qui ont épousé une parente du mineur qui est vivante ou dont « il y a quelqu'enfant ¹. » Loisel dit aussi dans le même sens : « Morte ma fille, mort mon gendre ². »

Meslé a écrit : « L'allié n'est appelé aux « opérations de la tutelle que parce qu'il profite « de la succession du mineur, à cause de sa « femme ou de ses enfants, qui sont ses héritiers. Or, après le décès de sa femme et de « ses enfants, l'allié n'a plus l'espérance de ces « avantages; donc il ne doit plus avoir la « charge ³. »

1. POTHIER, *Des Personnes*, tit. 6, sect. 4, art. 1^{er} § 2.

2. LOISEL, liv. 1, tit. 32, p. 180.

3. MESLÉ, *Des Minorités*, part. 1, chap. vii, p. 155, et chap. ix, p. 162.

M. Marcadé ¹ adopte l'opinion de nos anciens auteurs : outre l'argument historique, cette règle semble résulter pour lui des articles 206-2° du Code civil et 283 et 378 du Code de procédure civile. L'art. 206-2° dit que la dette alimentaire entre alliés n'est plus due lorsque l'époux qui produisait l'alliance et ses enfants sont morts. L'article 283 Code proc. civ. est relatif aux enquêtes ; il permet de reprocher les témoins parents ou alliés du conjoint d'une partie en cause, jusqu'au degré de cousin issu de germain, si le conjoint et ses enfants sont encore vivants, et seulement les parents ou alliés de ce conjoint en ligne directe et ses frères, sœurs, beaux-frères, belles-sœurs en ligne collatérale, s'il est mort ainsi que ses enfants. L'article 378 Code proc. civ. établit une distinction analogue au sujet de la récusation des Juges. Nous trouvons, en faveur de l'opinion de M. Marcadé, deux arrêts : Rouen, 28 août 1809 (Sirey. 1809, 2, 385), et Cass. 16 juillet 1809 (Sirey. 1809, 2, 385).

M. Laurent ² préconise un second système. D'après lui, la loi considérant l'affinité, suivant les effets qu'elle doit produire, tantôt comme existante (art. 283 et 378 Code proc. civ.), et

1. MARCADÉ, T. II, n° 407.

2. LAURENT, T. 4, n° 436.

tantôt comme éteinte (art. 206 Cod. civ.), il est permis de soutenir que l'alliance subsiste, mais que cela n'a rien d'absolu, et que les alliés ne doivent être appelés au conseil de famille qu'à raison de leur affection présumée pour le mineur, et qu'il n'y a vraiment plus lieu de considérer l'alliance comme existant encore lorsque tous les liens sont rompus par la mort entre les deux familles.

Nous n'admettons pas cette théorie, qui laisse trop de champ à l'arbitraire ; et, malgré l'opinion des anciens auteurs, nous adopterons le système qui décide que l'alliance, une fois formée, subsiste toujours et produit ses effets, quels que soient les événements postérieurs, sauf dans les cas exceptionnels où la loi dispose autrement. Cette théorie est d'ailleurs celle enseignée par MM. Demolombe¹ et Aubry et Rau².

En effet, l'alliance, une fois légalement formée, ne peut être déclarée dissoute que par la loi elle-même. L'article 162 Code civil, prohibant le mariage entre les alliés du degré de frère et sœur, et les articles 206-2° Code civil et 283, 378 Code proc. civ. montrent bien que la règle générale est que l'alliance, une fois formée, doit toujours subsister : sans cela, le législateur n'au-

1. DEMOLOMBE, T. VII, n° 255.

2. AUBRY et RAU, T. I, § 93, p. 378, note 4.

rait pas cru avoir besoin de s'en expliquer d'une manière formelle, si la mort avait dû détruire toute affinité.

La jurisprudence la plus récente s'est prononcée en ce sens. (Paris, 18 mars 1850, S. 1850, 2, 593.)

Nous avons vu que la règle générale est que le conseil de famille doit être composé de six membres, outre le Juge de paix; à cette règle, il y a quatre exceptions :

1° « Les frères germains et les maris des
« sœurs germaines sont seuls exceptés de la
« limitation de nombre posée en l'article précé-
« dent. » (Art. 407 Code civil.)

Quel que soit le nombre des frères germains et des maris des sœurs germaines, ils sont tous appelés au conseil de famille, qu'ils composeront alors seuls, à l'exclusion de tous autres; s'ils sont en nombre inférieur à six, les autres parents ne seront appelés que pour compléter le conseil.

Si on suppose qu'un des frères germains n'a pas été appelé au conseil de famille, la délibération sera-t-elle nulle, ou pourra-t-elle être seulement annulée si l'intérêt du mineur a été lésé, sauf le cas de dol ou de fraude? MM. Aubry et Rau¹ et Laurent² soutiennent

1. AUBRY et RAU, T. I § 96, p. 394.

2. LAURENT, T. IV, n° 483.

que la nullité n'est que facultative, et que c'est aux Juges qu'il appartiendra de décider suivant les circonstances.

Pour nous, nous adopterons l'opinion contraire : l'article 408 Code civil, en effet, est d'ordre public, et un conseil de famille auquel n'aura point été appelé l'un des frères germains devra être regardé comme irrégulièrement composé, lors même que ce conseil aurait été composé des frères ou beaux-frères du mineur : en ce sens, Lyon, 13 mars 1845 (D. P. 1846, 2, 186).

2° La même exception que nous venons de signaler pour les frères germains et les maris des sœurs germaines, existe aussi pour les ascendants et les ascendantes du mineur. (Art. 468 Code civ.)

Ici, par veuves d'ascendants, il faut entendre les ascendantes veuves, c'est-à-dire les ascendantes mêmes du mineur. Il ne faudrait pas, en effet, entendre par là les secondes femmes des ascendants du mineur, car il est bien évident, d'après l'article 442 Code civil, que la belle-mère ne serait pas appelée au conseil, car cet article en exclut les femmes, excepté la mère et les ascendantes; d'ailleurs, elle aurait presque toujours des intérêts opposés à ceux du mineur. D'où il résulte que, si l'ascendante a encore son mari, ce sera lui, et non pas elle, qui fera partie du conseil de famille.

Si l'ascendante veuve se remarie, ce n'est pas elle non plus qui fera partie du conseil de famille, mais son mari, qui sera appelé comme allié du mineur.

Cette opinion, qui fut d'abord enseignée par M. Duranton, est aujourd'hui celle de tous les auteurs. (En ce sens : MM. Demolombe, t. VII, n° 259 ; — Aubry et Rau, t. I, § 93, p. 379, note 9 ; — Laurent, t. IV, n° 439 ; — Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1024 ; — Huc, t. III, n° 304.)

Il peut y avoir des ascendants vivants qui ne soient pas appelés à la tutelle et qui dès lors ne sont pas excusés. Supposons, en effet, que la mère survivante refuse la tutelle : ce ne sera pas l'aïeul qui sera appelé à la tutelle, de même si le tuteur testamentaire se trouve excusé, ou encore si l'ascendant le plus proche se trouve aussi excusé. Dans tous ces cas, on passera à la tutelle dative, et ces ascendants n'auront pas été excusés.

En un mot, dans tous ces cas, il y aura lieu à la tutelle dative, sans qu'il y ait lieu à la tutelle légitime des ascendants : ceux-ci, bien qu'ils soient excusés, devront être appelés à faire partie du conseil de famille ; seuls, les ascendants exclus ou destitués de la tutelle, ne doivent pas être appelés au conseil de famille. (Art. 445 Cod. civ.) Cette opinion est partagée par tous

les auteurs que nous avons cités ci-dessus (*loc. cit.*).

En effet, bien que l'article 403-2° n'appelle au conseil de famille que les ascendants valablement excusés de la tutelle, il est néanmoins certain que cette disposition s'applique à tous les ascendants indistinctement. Cette expression d'ascendants excusés vient de ce que les rédacteurs du Code civil, qui ne s'occupaient, dans les trois articles précédents, que de l'hypothèse où le conseil de famille n'était convoqué que pour la nomination d'un tuteur, auront pensé que, si les ascendants sont encore vivants, il ne pourrait y avoir lieu à la nomination d'un tuteur datif qu'au cas où tous les ascendants se seraient fait excuser.

Une autre question se pose au sujet de l'article 408 Cod. civ.; c'est celle-ci : les ascendants font-ils partie du conseil de famille au même titre que les frères germains ? en sont-ils membres nécessaires ?

Examinons le texte même de l'article 408 :

« Les frères germains du mineur et les maris
« des sœurs germaines sont seuls exceptés de la
« limitation de nombre posée en l'article précé-
« dent. — S'ils sont six ou au delà, ils seront
« tous membres du conseil de famille, qu'ils
« composeront seuls avec les veuves d'ascen-
« dants et les ascendants valablement excusés,

« s'il y en a. — S'ils sont en nombre inférieur, « les autres parents ne seront appelés que pour « compléter le conseil. »

Certaines autorités très imposantes, parmi lesquelles nous pouvons citer MM. Marcadé¹, Taulier², Toullier³, s'attachent au texte littéral de cet article, et enseignent que, seuls, les frères germains et les maris des sœurs germaines sont exceptés de la règle qui n'admet que six membres au conseil de famille. Ils ajoutent que la loi n'appelle les ascendantes veuves et les ascendants excusés qu'à prendre part facultativement aux délibérations du conseil, mais qu'ils n'en sont pas membres nécessaires, en un mot qu'ils ne sont admis aux séances que par déférence et seulement comme membres honoraires : telle doit être, disent-ils, l'interprétation de l'article 408, puisqu'il déclare que, malgré leur présence, les frères germains et les maris des sœurs germaines le composeront seuls, tellement que, s'ils étaient moins de six, il faudrait appeler d'autres parents pour le compléter.

Un autre système, enseigné par M. Valette⁴, va moins loin que la théorie précédente : sans aller jusqu'à dire que les ascendantes veuves et

1. MARCADÉ, T. II, p. 202, art. 408.

2. TAULIER, T. I, p. 28.

3. TOULLIER, T. II, n° 1111.

4. VALETTE, sur Prudhon, T. II, p. 311.

les ascendants excusés ne sont appelés qu'à titre simplement honoraire, il dit que, dans l'article 408, il n'est fait mention des ascendants et des ascendantes que dans une phrase incidente, et que la phrase qui termine cet article : « S'ils sont en nombre inférieur », ne se comprend, grammaticalement parlant, qu'en la faisant se rapporter aux frères germains et aux maris des sœurs germaines, desquels il a été dit, dans le second alinéa de l'article, « s'ils sont six ou au delà ». Dans ce système, M. Valette fait une distinction entre les ascendantes veuves et les ascendants qui se sont fait excuser de la tutelle, d'une part, et, d'autre part, ceux qui n'ont pas été appelés à la tutelle. Pour lui, les ascendantes veuves et les ascendants excusés, ne présentant pas assez de garantie, de zèle et d'assiduité, ne seraient pas admis dans le nombre réglementaire, tandis que les ascendants qui n'ont pas été appelés à la tutelle seraient tous admis, et figureraient dans le nombre légal de six. Aussi, d'après cette théorie, s'il y avait, par exemple, pour former le conseil, deux frères germains, deux maris de sœurs germaines et deux ascendants excusés ou deux ascendantes veuves, il faudrait appeler encore deux membres avec les frères germains et les maris des sœurs germaines pour atteindre le nombre légal de six.

Nous regretterons ces deux opinions, et nous

adopterons celle qui assimile en tout point aux frères germains et aux maris des sœurs germaines les ascendants et ascendantes. Cette théorie est d'ailleurs celle de nos plus éminents auteurs ¹.

Les systèmes contraires, en effet, ne reposent pas sur des arguments bien sérieux : ils se basent tout simplement sur des pointes d'aiguilles, sur une ambiguïté de rédaction de l'art. 408. Mais cette ambiguïté même se retourne contre les systèmes qui l'invoquent. Si on consulte, en effet, les travaux préparatoires, on voit tout d'abord que le projet arrêté au Conseil d'État ne s'occupait pas des ascendants ; le Tribunat fit observer que l'on avait omis de les comprendre dans la disposition relative aux frères germains. Ce fut sur cette observation que la section de législation répara cet oubli ; mais elle ne fit qu'une addition incidente dans le second paragraphe, au lieu de rédiger à nouveau tout l'article 408. C'est ce qui explique la rédaction toute particulière de cet article ².

En outre, l'interprétation de l'article 408 que

1. MM. DEMOLOMBE, T. VII, n° 262 et suiv. — DURANTON, T. III, p. 443, 4^e édition, et qui avait d'abord professé l'opinion contraire. — FRÉMINVILLE, T. I, n° 87. — ZACHARIE, éd. MASSÉ et VERGÉ, T. I, p. 391. — DELVINCOURT, T. I, p. 110. — AUBBY et RAU, T. I, § 94, p. 380, note 11. — LAURENT, T. IV, n° 440. — BAUDRY-LACANTINERIE, T. I, n° 1021. — IUC, T. III, n° 304.

2. FENET, X, p. 598.

font les deux opinions contraires est en contradiction flagrante avec l'esprit du Code civil, comme elle l'est du reste avec le texte même de la loi : l'article 402 Code civil appelle, en effet, à la tutelle les ascendants de plein droit, et il n'y appelle pas les frères germains, ce qui montre bien que le législateur les préfère aux frères germains. Il serait donc incompréhensible d'admettre que la loi se fût mise en une telle opposition avec elle-même, et qu'elle écartât de la composition du conseil de famille des personnes qu'elle nomme tuteurs de plein droit, les croyant, malgré leur âge, capables d'être tuteurs ; *a fortiori* a-t-elle dû les croire aptes à être membres du conseil de famille.

On objecte à notre théorie que, précisément, l'article 408 a trait aux ascendants excusés de la tutelle ; mais nous avons prouvé *supra* que l'article 408 s'applique aussi aux ascendants non excusés et à ceux enfin qui n'auraient pas été appelés à la tutelle, et nous avons ainsi fait raison de l'opinion contraire.

De plus, si on examine attentivement le texte de l'article 408, on voit qu'il ne dit pas ce que les opinions adverses semblent vouloir lui faire dire.

Le premier paragraphe de cet article dit bien, il est vrai, que les frères germains sont seuls exceptés de la limitation du nombre légal, mais

la loi ajoute dans le second paragraphe : « S'ils sont six ou au delà, ils le composeront seuls avec les veuves d'ascendants et les ascendants valablement excusés. Ils ne composeront donc pas seuls le nombre légal, puisqu'ils le composeront avec les ascendants : ce mot avec est décisif.

De même, le troisième paragraphe se rapportera aussi aux frères germains et aux ascendants : « s'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés que pour compléter le conseil », dit ce paragraphe ; or, « s'ils sont en nombre inférieur » se rapporte aux frères germains seuls avec les ascendants, puisqu'ils composent ensemble le conseil.

Lorsque la jurisprudence a eu à trancher la question, elle s'est prononcée dans le sens de notre opinion : Colmar, 27 juillet 1813 ; — Toulouse, 5 juin 1829 (Sir. 1829, 2, 313).

Toutefois, les ascendants, les ascendantes veuves, les frères germains, les maris des sœurs germaines, ne sont appelés à faire partie du conseil de famille, quel que soit leur nombre, que s'ils se trouvent sur les lieux ou à la distance de deux myriamètres. L'article 408 ne déroge, en effet, à la règle tracée par l'article 407 pour la composition du conseil de famille, que relativement au nombre des membres appelés à faire partie du conseil, et non quant

aux limites du rayon dans lequel on doit choisir ces membres ¹.

L'article 409 Code civil ainsi conçu : « Lors-
« que les parents ou alliés de l'une ou de l'autre
« ligne se trouveront en nombre insuffisant sur
« les lieux, ou dans la distance désignée par
« l'article 407, le juge de paix appellera, soit des
« parents ou alliés domiciliés à de plus grandes
« distances, soit, dans la commune même, des
« citoyens connus pour avoir eu des relations
« habituelles d'amitié avec le père ou la mère
« du mineur », prévoit le cas très fréquent où le
nombre de six parents ou alliés à prendre parmi
ceux qui sont domiciliés dans la commune ou
dans la distance de deux myriamètres, loin de se
trouver dépasser, ne peut être atteint.

Le juge de paix est donc, dans ce cas, juge
souverain de la constitution du conseil de famille;
car il ne peut y avoir ici de violation, puisque le
législateur s'en remet à sa prudence par la faculté
qu'il lui accorde ². M. Delvincourt et plusieurs
auteurs ont prétendu que, si des parents plus
proches que ceux domiciliés dans le rayon
légal faisaient l'offre de venir à leurs frais, et
que si les intérêts du mineur n'avaient pas à

1. En ce sens : DEMOLOMBE, T. VII, n° 263; — AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 91, p. 380, note 10; — LAURENT, T. IV, n° 437; — HUC, T. III, n° 304.

2. En ce sens : DEMOLOMBE, T. VII, n° 266; — AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 91, p. 380; — LAURENT, T. IV, n° 442; — HUC, T. III, n° 305.

souffrir, le juge de paix ne pourrait pas s'y opposer¹.

En faveur de cette théorie, ses partisans invoquent d'abord les termes mêmes du texte de l'article 410, qui sont ainsi conçus : « Le juge de paix pourra... »; il n'y a donc pas là une obligation édictée par le législateur pour le juge de paix, mais bien une simple faculté. En outre, s'il en était autrement, les intérêts du mineur pourraient être compromis; car cela pourrait amener de grands retards dans la composition du conseil de famille, et occasionner de grands frais qui seraient à la charge du mineur. De plus, c'est au juge de paix que la loi a donné la mission de composer le conseil de famille. (En ce sens : Rouen, 29 novembre 1816, Sirey 1817, 2, 76.)

Ce choix, que le législateur permet de faire au Juge de paix, s'applique séparément et distributivement à l'une ou à l'autre ligne. (Art. 409 Code civ.) L'équilibre d'influence que l'art. 407 a créé dans chaque ligne doit toujours être maintenu; aussi, s'il manque dans une ligne des parents ou des alliés, on ne devra pas compléter cette insuffisance par des membres de l'autre ligne. Les parents qui appartiennent aux deux

1. DELVINCOURT, T. I^{er}, p. 106. — DURANTON, T. III, n° 462. — DEMO-LOMBE, T. VII, n° 274. — LAURENT, *loc. cit.* Cette opinion a été aussi adoptée par les auteurs de l'*Encyclopédie du droit*, v° *Conseil de famille*, n° 32.

lignes, comme les neveux, enfants de frères germains, comptent également pour l'une et pour l'autre ligne; de sorte que l'on ne doit appeler qu'un parent ou un allié dans chaque ligne, s'il y en a quatre. Et il faudra appeler deux parents ou alliés dans une ligne et un seul parent ou allié dans l'autre, s'il n'y en a que trois, et ce sera le Juge de paix qui décidera, en s'inspirant des circonstances, laquelle des deux lignes devra en fournir deux. (En ce sens : M. Demolombe, t. VII, n° 269; — MM. Aubry et Rau, t. I^{er} p. 340.)

Supposons enfin qu'il existe, dans la commune ou dans la circonscription légale, des parents ou des alliés en nombre suffisant : le Juge de paix pourra-t-il en appeler d'autres, à quelque distance qu'ils soient domiciliés ?

A cette question, nous répondrons par l'affirmative (art. 410 Code civ.); mais toutefois il faut que ceux-ci soient, ou plus proche en degré, ou tout au moins du même degré que les parents présents.

Pour être membre d'un conseil de famille, il n'est pas nécessaire que les parents ou alliés aient leur domicile légal dans la circonscription légale déterminée par l'article 407, la simple résidence suffit ¹.

1. En ce sens : DELVINCOURT, t. 7, p. 106, n° 8; — DEMOLOMBE, t. VII, n° 277; — AUBRY et RAU, t. I^{er}, § 93, p. 378; — LAURENT, t. IV, n° 432; — BAUDRY-LACANTINERIE, t. I^{er}, n° 1023; — HUC, t. III, n° 303.

Maintenant, il nous reste une question très générale à examiner ; c'est celle-ci : si, dans la composition du Conseil de famille, on a, contrairement à la loi et hors les cas prévus par elle, préféré un parent plus éloigné à un parent plus proche, un allié à un parent, ou si on a appelé des amis pour composer le conseil de famille, bien qu'il existât des parents dans le rayon légal, cette irrégularité entraînera-t-elle forcément la nullité de la délibération ?

La jurisprudence a souvent varié : tout d'abord, elle se prononçait d'une manière absolue dans un sens ou dans l'autre. C'est ainsi que, se fondant sur les articles 407 et 409 Code civ., elle a décidé d'une manière absolue que le Juge de paix n'était pas investi, pour la composition du conseil de famille, de pouvoirs indéfinis, et qu'il ne pouvait appeler d'amis que dans le cas où les parents ou alliés étaient en nombre insuffisant sur les lieux ou dans la distance de deux myriamètres ¹.

Puis, la jurisprudence a eu un brusque revirement : considérant que la loi n'édicte aucune nullité, elle s'est prononcée d'une manière absolue pour la validité, sans prendre égard

1. Tel est aussi l'avis de MM. DURANTON, T. III, n° 462, — ZACHARIE, éd. Massé et Vergé, t. 1, p. 591, note 15 ; — dans le même sens, nous pouvons citer : Lyon, 15 février 1812 ; — Angers, 29 mars 1821 ; — Rouen, 7 avril 1827.

aux circonstances et aux intérêts du mineur¹.

Aujourd'hui, la jurisprudence paraît définitivement fixée, avec raison, en ce sens que la délibération n'est annulable que si l'intérêt du mineur a souffert de l'irrégularité. La loi, en effet, dans les articles 407 et 409, établit les règles à suivre pour la composition du conseil de famille ; mais elle ne dispose pas à peine de nullité. Par suite, c'est donc aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier les circonstances particulières qui peuvent excuser les infractions à ces règles, pourvu qu'elles soient exemptes de tout soupçon de dol et de tout caractère préjudiciable pour les intérêts du mineur. Cela s'explique fort bien ; car, pour pouvoir réunir et composer une assemblée comme le conseil de famille, il faut donner une grande liberté au Juge de paix, qui aura à apprécier, dans l'intérêt même du mineur, une multitude de circonstances délicates, de relations diverses, de ménagements nécessaires. Du reste, il peut très bien arriver que l'on ignore l'existence de parents plus proches, *error communis facit jus*, ou bien alors on savait qu'il en existait, et, dans ce cas, il faut, d'après les faits, examiner si le mineur a éprouvé un préjudice, car *non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus*.

1. En ce sens : Bruxelles, 15 mars 1806; — Turin, 5 mai 1810; — Aix, 19 mars 1835; — Aix, 7 mars 1846 (D. P. 1846. 2. 171).

Cette théorie est du reste celle d'un grand nombre d'autorités : MM. Toullier, t. II, n° 1119 ; — Aubry et Rau. 4^{me} éd., t. I^{er}, § 96, p. 393, note 25 ; — Laurent, t. IV, n° 486 ; — IIuc, t. III, n° 306. Elle s'appuie aussi sur un grand nombre d'arrêts 1 ; tout dernièrement encore la jurisprudence a eu à se prononcer sur cette question, et elle demeure définitivement fixée dans le sens de notre opinion : Dijon, 4 janvier 1895 (D. P. 95. 2. 536) ; et Orléans, 29 janvier 1896 (D. P. 96. 2. 470).

Le Juge de paix a donc un pouvoir discrétionnaire pour le choix des amis qui doivent compléter un conseil de famille : il n'a même pas besoin de les convoquer ni de les choisir lui-même ; il suffit qu'il agréé ceux qui lui sont présentés 2.

L'article 409 prescrit que les citoyens ni parents ni alliés ne sont aptes à faire partie du conseil de famille que sous la double condition de domicile dans la commune et de relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. Mais, si le Juge de paix a choisi comme

1. En ce sens : Douai, 4 juillet 1855 (D. P. 55. 2. 47) ; — Req., 3 mars 1856 (D. P. 56. 1. 290) ; — 1^{re} avril 1856 (*ibid.*) ; — Req. 19 juillet 1858 (D. P. 59. 1. 13) ; — Req., 4 novembre 1874 (D. P. 75. 1. 214) ; — 20 janvier 1875 (D. P. 76. 1. 28) ; — Chambéry, 13 janvier 1879 (D. P. 80. 2. 94) ; — Chambéry, 19 janvier 1886 (D. P. 87. 2. 161) ; — Limoges, 17 juin 1889 (D. P. 90. 2. 336).

2. Douai, 13 février 1844 (D. P. 45. 2. 152).

membres du conseil de famille des personnes privées d'une manière absolue de toute aptitude à faire partie de ces conseils, les tribunaux auront-ils encore le pouvoir discrétionnaire d'annuler ou de maintenir la délibération, suivant que les intérêts du mineur auront été ou non suffisamment garantis ?

Lorsque, dans l'article 409, le législateur prescrit les relations habituelles d'amitié, il fait de l'affection pour le mineur une condition d'aptitude à siéger au conseil de famille, afin de guider le choix du juge de paix en lui donnant une indication à suivre ; mais il ne dit pas qu'il y ait là une condition essentielle dont l'absence constituerait une inaptitude absolue qui vicierait la délibération. Du reste, il serait bien difficile d'admettre le contraire ; car, bien souvent, il peut arriver qu'il n'existe dans la commune, ni parents, ni alliés, ni aucune personne remplissant la condition d'avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. Il serait alors souvent impossible de composer un conseil de famille.

Il en est de même de la condition de résidence : il serait difficile d'admettre que la qualité d'ami fût essentiellement attachée à ce fait de la résidence dans la commune où s'est ouverte la tutelle. Il serait difficile de comprendre que le juge de paix dût préférer un indifférent, par

l'unique raison qu'il habite la commune, ou réside aux portes de la ville ou à un village voisin, à un ami véritable, dont l'affection pour les parents du mineur est bien connue ¹.

Malgré toutes ces raisons, la jurisprudence s'était prononcée contre notre interprétation, et avait décidé d'une manière absolue que la nullité de la délibération était obligatoire quand un membre du conseil de famille ne réunissait pas les conditions d'aptitude exigées par la loi: Civ. Cass. 19 août 1850 (D. P. 50, 1, 28); — Chambéry, 13 janvier 1879 (D. P. 80, 2, 9).

Cette théorie consacrée par la jurisprudence était trop rigoureuse; aussi, voyant les inconvénients qui pouvaient en résulter, s'est-elle enfin écartée du principe de la nullité absolue pour en revenir à notre opinion. (Req. 19 juillet 1858, D. P. 59, 1, 13. — Bordeaux, 17 janvier 1860, D. P. 60, 2, 95. — Douai, 4 juillet 1855, D. P. 57, 2, 47. — Douai, 22 juillet 1856. — Limoges, 17 juin 1889, D. P. 90, 2, 336. — Orléans, 29 janvier 1896, D. P. 96, 2, 470).

Que doit-on décider maintenant, si l'un des membres de la famille soutient que la composition d'un conseil de famille est irrégulière ?

Il ne pourra la faire réformer qu'en même

1. Cette théorie est enseignée par MM. AUBRY et RAU, T. I. § 96, pages 393, note 25; — LAURENT, T. IV, n° 486.

temps que la délibération prise. Il attaquera cette délibération pour vice de forme, basé sur l'irrégularité de la délibération du conseil dont elle émane, et alors le tribunal civil sera compétent pour apprécier la contestation. C'est là, dit-on, ce qui résulte de la combinaison des articles 883, 887 et 889 du Code de procédure civile, qui règlent le mode de recours contre les délibérations sans parler des incidents relatifs aux conseils de famille en formation ¹. Cette théorie est celle de MM. Laurent, t. IV, n° 446 ; — Zachariæ, Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 384 et 385 notes 14 et 16 ; — Demolombe, t. VII, n° 276. Mais, cette doctrine, admise par les nombreuses autorités que nous venons de citer et par la jurisprudence, est-elle à l'abri de toute critique ?

Elle repose sur cette considération : « Que, s'il en était autrement, et si les difficultés qui s'élèvent relativement à la convocation du conseil de famille devaient au premier abord être soumises à la décision du tribunal, la réunion du conseil pourrait toujours être entravée à dessein, au grand préjudice des intérêts des mineurs et de ceux qui ont besoin de surveillance, et la loi

1. En ce sens : L. 16-24 août 1790, titre III, art. XI ; — Montpellier 9 prair. an XIII ; — Lyon, 14 juillet 1853 ; — Douai, 4 juillet 1855, D. P. 57, 2, 47 ; — Caen, 31 juillet 1856 ; — Tribunal de la Seine, 21 février 1865 ; — Gazette des Tribunaux, 27 et 28 février ; — Bordeaux 13 juillet 1877 ; — Annales des justices de paix 1878, pages 252.

manquerait ainsi entièrement le but qu'elle s'est proposé par cette institution. » (Bruxelles, 23 juin 1827.) A cela, on peut objecter que le retard qu'on veut éviter se retrouvera subsidiairement dans le recours en justice que le membre opposant pourra porter contre la délibération prise.

Puis, voyons à quelles conséquences on arrive avec le système de la jurisprudence : supposons qu'il y ait doute sérieux sur le domicile de la tutelle, que le juge de paix ne se croie pas incompetent; ce magistrat va se trouver contraint de convoquer le conseil de famille sur la réquisition expresse d'un parent, de le composer, de le réunir. Ou bien supposons qu'il y ait doute sur l'état civil, la parenté ou l'alliance de quelque membre: il faudra que le juge de paix tranche la question. Ne serait-il pas plus juridique et plus rationnel, en l'absence de texte formel qui s'explique, de reconnaître au juge de paix la faculté de constituer le conseil de famille, ou bien de renvoyer *de plano* devant le tribunal, selon qu'il verrait là un point de fait ou un point de droit ? C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Paris, troisième chambre, par un arrêt du 21 août 1879, dans une espèce où il s'agissait de la nationalité étrangère d'un parent, et dans laquelle le juge de paix avait renvoyé préalablement la question devant le tribunal d'arrondissement.

Un conseil de famille, une fois formé selon les règles du droit commun, constitue-t-il un corps permanent, immuable et invariable, tel qu'il ne puisse être modifié en aucune circonstance ?

Cette immutabilité, incontestablement, n'est pas de l'essence du conseil de famille, puisqu'il faudra nécessairement y appeler de nouveaux membres en cas de décès ou d'incapacité de quelque membre primitif. Aussi, à chaque réunion nouvelle, il y aura lieu de reviser la composition et de substituer à d'anciens membres non nécessaires des membres indiqués par la loi comme nécessaires, tels qu'un frère germain devenu majeur, l'époux d'une sœur germaine récemment mariée ; tandis qu'il sera facultatif au Juge de paix de ne pas admettre d'autres parents, quoique plus proches en degré, ou plus voisins par habitation. La plupart des auteurs et la jurisprudence sont en ce sens¹.

C'est par application de ce principe, que les conseils de famille ne sont pas des corps permanents, qu'il a été décidé que le jugement qui déclare régulière la composition du conseil de

1. En ce sens : M. JAY, *Des conseils de famille*, n° 22 ; — ZACHARIE, éd. Massé et Vergé, t. 1^{er}, p. 389 ; — DEMOLOMBE, t. VII, n° 278 ; — AUBRY et RAU, t. 1^{er}, § 91, p. 383, note 6 ; — LAURENT, t. IV, n° 451 ; — HUC, t. III, n° 298 ; — Caen, 30 décembre 1857 (D. P. 58, 2, 146) ; — Macon, 23 mai 1890 (D. P. 91. 2, 223).

famille réuni pour une délibération déterminée, n'a pas force de chose jugée pour faire maintenir la même composition de ce conseil dans une délibération ayant un objet autre que celui de la première.

Tout en admettant notre théorie, néanmoins M. Demolombe ajoute ceci : « Je ne voudrais
« pas non plus poser en principe que, la séance
« une fois levée, il n'y a plus rien, et que tous
« les éléments du conseil sont complètement
« désassemblés et détruits.

« Je n'admets pas tant d'inconsistance et de
« mobilité.

« Ce qui me paraît vrai, au contraire, c'est
« que le conseil de famille, une fois composé,
« demeure le même tant que le Juge de paix
« n'y apporte pas de modification ; et on conçoit
« qu'il sera très souvent très désirable qu'une
« affaire commencée, soumise déjà, pendant
« plusieurs séances peut-être, au conseil de
« famille, puisse être présentée encore au mo-
« ment de la conclusion, à ce même conseil
« formé des mêmes éléments, afin de n'être pas
obligé de tout recommencer !

« La doctrine contraire, poussée à l'extrême,
« détruirait d'ailleurs toute unité, tout esprit de
« suite, toute vue d'ensemble enfin dans l'ad-
« ministration de la tutelle.

« C'est au juge de paix qu'il appartient

« d'apprécier sous ce rapport les circonstances et
« d'appliquer, de la manière la plus intelligente
« et la plus convenable pour les mineurs, les
« articles que nous venons de parcourir. »

Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici que de la composition du conseil de famille des enfants légitimes; mais que décider dans le cas d'un enfant assisté ou d'un enfant naturel ?

Aux termes de la loi du 15 pluviôse an XIII, le conseil de famille est remplacé, pour les enfants assistés, par le conseil d'administration de chaque hospice où ils ont été recueillis. Ce conseil désigne, s'il y a lieu, un de ses membres pour remplir les fonctions de tuteur. Si les enfants ont des biens, ils sont gérés, comme les biens de l'hospice lui-même, par le receveur de l'établissement. La loi du 10 janvier 1849 a décidé que, par exception, à Paris, la tutelle des enfants trouvés serait confiée au directeur de l'Assistance publique.

Enfin, en adoptant l'opinion de la majorité des auteurs qui enseignent que la tutelle des enfants naturels doit être toujours dative et déférée par le conseil de famille, comment devra alors être composé ce conseil de famille ? Tout d'abord, une chose certaine, c'est que la disposition du Code civil qui veut que le conseil de famille soit composé de six parents ou alliés, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel,

ne pourra s'appliquer, puisque l'enfant naturel n'a pas de parents. Le juge de paix sera donc obligé de former le conseil soit de personnes connues pour avoir eu des relations d'amitié avec le père ou la mère de l'enfant, soit de personnes charitables qui voudront bien s'intéresser à lui.

CHAPITRE II

DES CAUSES D'INCAPACITÉ. — DES CAUSES D'EXCLUSION DES EXCUSES.

§ 1^{er}

CAUSES D'INCAPACITÉ.

L'article 442 Code civil dispose que les mêmes causes d'incapacité qui empêchent d'être tuteur, empêchent aussi d'être membre d'un conseil de famille. Aux termes de cet article, sont incapables d'être membres d'un conseil de famille : 1^o les mineurs, excepté « le père ou la mère ; 2^o les interdits ; 3^o les femmes autres que la mère et les ascendantes ; 4^o tous ceux qui ont ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis ».

Ne peuvent être membres d'un conseil de famille « les mineurs » lors même qu'ils sont émancipés, excepté le père ou la mère, dit l'article 442, ce qui signifie qu'aux prédécès de l'un d'eux, l'autre, même en âge de minorité,

devient capable d'être membre du conseil de famille des enfants nés du mariage.

Le mineur, qui ne peut pas délibérer en son propre nom ni pour sa voix personnelle, ne pourra pas davantage figurer dans le conseil de famille comme mandataire d'un parent capable. De même, les femmes autres que la mère et les ascendantes ne peuvent pas faire partie du conseil de famille en qualité de mandataires. C'est là une exception à l'article 1990 du Code civil, qui permet de donner le mandat à un mineur : cela s'explique par la raison que, le mandat en ce cas étant donné dans l'intérêt du mineur, il faut que le mandataire soit capable ¹.

Doit-on étendre la faveur que l'article 442 fait aux parents légitimes aux père et mère naturels mineurs ?

Il semble bien qu'ils ne doivent pas être membres nécessaires, mais que, s'ils demandent à faire partie du conseil de famille, ou que si le juge de paix les convoque, leur présence et leur vote ne devraient pas entacher la délibération de nullité. Car, les enfants naturels n'ayant pas de famille, qui pourra, mieux que ses pères et mères, éclairer la délibération et prendre soin des intérêts du mineur ?

Ce n'est pas notre opinion, et nous nous

1. LAURENT, T. IV, n° 538.

rangerons du côté de MM. Marcadé et Massé et Vergé sur Zachariae (p. 392, note 20) : nous sommes, en effet, en matière d'incapacité, et, en cette matière, les textes doivent être interprétés strictement.

En second lieu, la loi frappe d'incapacité les interdits : cette incapacité frappe aussi bien les interdits judiciaires que les interdits légalement.

Que doit-on décider des individus pourvus d'un conseil judiciaire ? Sur cette question, nous nous trouvons en présence de trois systèmes.

Le premier système, qui est celui de MM. Delvincourt (T. I. p. 114, note 7), Taulier (T. II. p. 50) et Aubry et Rau (T. I. § 92. p. 374, note 7), enseigne que l'on doit assimiler aux interdits les individus pourvus d'un conseil judiciaire.

Le second système est un système éclectique : il n'admet au conseil de famille que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire pour prodigalité, et écarte celui qui est interdit pour faiblesse d'esprit. Ce système reconnaît, en outre, au juge de paix le pouvoir d'apprécier si, en fait, l'individu offre les garanties de capacité suffisante, sauf recours en justice ouverte contre la délibération. La différence, en effet, n'est pas très grande entre l'individu soumis à un conseil judiciaire pour incapacité d'esprit et un individu dont les facultés intellectuelles sont dérangées sans que la justice l'ait déclaré par jugement. Ce système

est celui de MM. Zachariæ (éd. Massé et Vergé, t. I. p. 417), — Duranton, t. III, n° 503.

Le troisième système est celui de MM. Demolombe (t. VII, n° 469), Laurent (t. IV, n° 514), Huc (t. III, n° 350).

Ce système est celui qui nous paraît le plus juridique : il enseigne que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut faire partie du conseil de famille. Ses partisans font valoir, avec raison, que les incapacités et les exclusions sont de droit étroit, et qu'elles ne peuvent pas être étendues au delà des limites dans lesquelles la loi elle-même les a enfermées ; or, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas un interdit, et l'article 442 ne déclare incapable que l'interdit. De plus, l'article 444 Code civil, en faisant de l'incapacité, c'est-à-dire du défaut d'intelligence, d'aptitude dans l'administration, une cause d'exclusion ou de destitution, remédie à ce que ce système pourrait avoir de trop absolu dans certains cas.

Doit-on assimiler aux interdits les aliénés non interdits ?

MM. Aubry et Rau (t. I^{er}, § 92, p. 374, note 6) assimilent aux interdits les personnes transférées dans un asile d'aliénés. Ils l'admettent également pour les personnes qui ne sont pas placées dans un établissement de cette nature, mais dont l'état ne peut être dénié en fait.

MM. Demolombe et Laurent, *loc. cit.*, toujours fidèles à ce principe que les textes édictant les incapacités sont de droit étroit et ne peuvent être étendus, enseignent qu'il n'y a d'incapacité légale de faire partie d'un conseil de famille que pour les aliénés interdits, toujours du reste avec ce correctif que ces personnes pourront toujours être destituées pour cause d'incapacité.

L'article 442 écarte encore du conseil de famille « les femmes autres que la mère et les ascendantes », c'est-à-dire qu'en règle générale, les femmes sont écartées des conseils de famille. Par exception, la mère devenue veuve fait nécessairement partie du conseil de famille des enfants nés de son mariage. Autre exception : les ascendantes devenues veuves sont aussi membres nécessaires dans les assemblées qui concernent leurs petits-enfants mineurs et leurs petits-enfants dont l'interdiction est demandée. (Art. 442-3^e.) Une troisième exception permet à la femme de faire partie de l'assemblée consultative qui précédera l'interdiction de son mari. (Art. 495 Code civil.)

L'article 442 écarte encore des conseils de famille tous « ceux qui ont ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis ». Cette règle, édictée par l'article 442, est une

règle impérative, et ces cas d'exclusion dont il s'agit, doivent être strictement limités aux conditions déterminées par la loi. Et, malgré l'opinion d'un grand nombre d'autorités, parmi lesquelles on peut citer MM. Delvincourt, Duranton, Zachariæ, Taullier, Fréminville¹, qui, s'inspirant du droit romain en ce qui regarde le tuteur, vont jusqu'à déclarer incapable celui qui était créancier ou débiteur du mineur, MM. Demolombe et Marcadé² enseignent que l'incapacité ne peut être étendue au cas où un procès existerait : 1° entre le mineur et la femme ou l'enfant de celui qui est appelé au conseil de famille ; 2° entre celui qui est membre du conseil et le père ou la mère du mineur ; 3° entre le mineur qui contesterait l'état du membre du conseil de famille de l'enfant ou de la femme de ce dernier, où qui contesterait à l'une de ces personnes une partie notable de leurs biens. Pour ces auteurs, ce qui est du reste notre opinion, on doit se renfermer dans les termes formels de l'article 442. En ce sens, il a été jugé³ qu'un débiteur du mineur qui n'a jamais contesté sa dette, qui offre des garanties suffi-

1. DELVINCOURT, T. I^{er}, p. 107, note 2. — DURANTON, T. III, n° 505. — ZACHARIE, éd. Massé et Vergé, T. I^{er}, p. 210. — TAULLIER, T. II, p. 50. — FRÉMINVILLE, T. I, n° 143.

2. DEMOLOMBE, T. VII, n° 474. — MARCADÉ, T. II, art. 412.

3. Paris, 10 juillet 1871 (D. P. 76, 2, 188).

santes de solvabilité, et qui ne détient aucune valeur appartenant au mineur, peut figurer au conseil de famille et même servir de subrogé tuteur. Il a été jugé¹ de même que l'instance en compte, liquidation et partage de succession ou communauté entre le mineur et quelque parent, n'est pas un procès, dans le sens de l'article 442, qui rende ce parent incapable de faire partie du conseil de famille réuni pour s'occuper de ce partage.

Ces quatre causes d'incapacité légale sont limitatives, et il faut bien se garder de les étendre par analogie d'un cas à un autre. C'est en se fondant sur ce principe que MM. Demolombe², Aubry et Rau³, Laurent⁴, décident qu'il n'existe, en principe, aucune incompatibilité entre les fonctions de tuteur et de subrogé tuteur et celles de membre du conseil de famille, et qu'à moins que leurs intérêts personnels ne soient engagés dans la délibération, vu que la loi défend expressément au tuteur d'y prendre part, ils peuvent et doivent même être appelés au conseil.

L'article 442 ne désigne pas les étrangers parmi les incapables : devant ce silence de la

1. Paris, 5 octobre 1809.

2. DEMOLOMBE, T. VII, n° 519.

3. AUBRY ET RAU, T. I^{er} § 92, p. 375.

4. LAURENT, T. IV, n° 540.

loi, que doit-on décider ? L'étranger peut-il être membre d'un conseil de famille ?

Cette question est très controversée; elle a donné le jour à de nombreux systèmes; néanmoins la jurisprudence paraît l'avoir tranchée aujourd'hui.

Le premier système, qui est celui de M. Demolombe¹, décide que les étrangers n'ont en France que les droits qui leur ont été spécialement concédés d'une façon expresse ou d'une façon tacite; pour lui, l'étranger ne peut donc pas être membre d'un conseil de famille.

MM. Aubry et Rau² et Demante arrivent à la même solution en partant d'un principe différent: ils font une distinction entre le droit des gens qui est communément admis par les diverses nations civilisées, et le droit civil qui est établi par la législation spéciale de tel ou tel peuple. Ils accordent la jouissance du droit des gens aux étrangers, et leur refusent celle du droit civil. Pour eux, être membre d'un conseil de famille ou tuteur est un droit qui doit être regardé comme la dépendance, en quelque sorte, de la qualité de citoyen, quoique la loi ne le subordonne pas absolument à cette qualité. Les femmes, en effet, en sont écartées en règle générale.

1. DEMOLOMBE, T. I^{er}, n° 245.

2. AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 77, p. 235, et § 79, p. 313.

La loi, en effet, exige même des conditions de capacité pour être membre d'un conseil de famille ; les étrangers ne pourront donc pas être membres d'un conseil de famille en France, en principe, à moins qu'ils n'y aient été autorisés en vertu de traités diplomatiques, ou bien encore qu'ils n'aient été admis par le gouvernement à fixer leur domicile en France. En ce sens : Colmar, 25 juillet 1817 ; — Bastia, 5 juin 1838 ; — Paris, 21 mars 1861 (D. P. 62. 2. 73).

Le troisième système est celui de M. G. Demante. Cet auteur¹ a proposé de distinguer entre les étrangers parents d'un mineur français et les étrangers non parents ; pour lui, la parenté doit primer l'extranéité, car les parents sont les défenseurs naturels de leurs enfants ; les étrangers parents d'un mineur français seront donc aptes à faire partie du conseil de famille. M. G. Demante se base sur l'esprit de l'article 409, qui semble n'exiger la qualité de citoyen du tuteur ou du membre du conseil de famille que s'il n'est pas parent du mineur. L'exercice de la tutelle et la fonction de membre du conseil de famille ne sont pas absolument incompatibles avec l'absence de la qualité de citoyen ; l'incapacité d'être tuteur ou membre du conseil de famille, édictée par l'article 442, en effet, ne frappe pas

1. G. DEMANTE, *Définition de la qualité de citoyen*, p. 17.

les mineurs ni les femmes qui, sous la constitution de l'an VIII, n'étaient sûrement pas citoyens, quand il s'agit de leurs descendants. L'article 34-4° du Code pénal permet de même, sur l'avis conforme du conseil de famille, au dégradé civiquement d'être tuteur de ses propres enfants.

La Cour de cassation, appelée pour la première fois à se prononcer sur la question, a donné raison à ce système, et a jugé que l'ascendant étranger peut exercer en France les fonctions de tuteur et de subrogé tuteur de ses petits-enfants français. (Civ. req., 16 février 1875, D. P. 76, 1, 49.) La Cour de Paris, faisant également application de ce principe, a jugé que l'ascendant étranger peut exercer en France la tutelle légale de ses petits-enfants français. (Paris, 21 août 1879, D. P. 82, 1, 415.)

Pour nous, nous irons plus loin encore, et nous dirons que l'on ne trouve dans nos lois aucune disposition qui défende formellement à l'étranger de remplir la charge de tuteur ou de membre d'un conseil de famille d'un mineur français, alors même que ce dernier ne serait pas son ascendant, et qu'en conséquence, l'étranger pourra toujours être membre d'un conseil de famille en France. Les textes de la tutelle, en effet, sont tous édictés en faveur du mineur, et en admettant la théorie contraire, on

s'exposerait bien souvent à aller à l'encontre des intérêts du mineur¹.

Cette opinion est du reste celle de MM. Pasquale-Fèvre et Pradier-Fodéré, Laurent et Huc².

En terminant ce paragraphe, examinons une dernière question : supposons que, contrairement à l'article 442, une personne incapable ait été introduite dans la composition du conseil de famille ; quel sera le sort de la délibération ?

En ce cas, il n'appartiendra pas aux tribunaux d'apprécier si les intérêts du mineur ont été ou non sauvegardés ; la délibération devra être regardée comme inexistante, car l'assemblée de famille n'a pas été constituée, par le seul fait qu'on y a appelé un incapable. (En ce sens : Aix, 3 février 1832 ; — Paris, 21 mars 1861, D. P. 61, 2, 73.)

§ 2

DES CAUSES D'EXCLUSION.

L'article 445 Code civil dit : « Tout individu
« qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle,
« ne pourra être membre d'un conseil de

1. En ce sens : Tr. Briey, 24 janvier 1878 (D. P. 79, 3, 40).

2. PASQUALE-FÈVRE et PRADIER-FODÉRÉ, *Droit international privé*, n° 198. — LAURENT, T. 1^{er}, n° 455, et T. IV, n° 366. — HUC, T. III, n° 351.

« famille. » Ce qui s'applique de plein droit et nécessairement :

1° A l'individu qui aura été condamné à une peine afflictive et infamante, ou seulement infamante (art. 443 Code civil, 28 et 34 Code pén.): il est en état d'interdiction légale ;

2° A celui qui a été privé, par un jugement correctionnel, du droit « de vote et suffrage » dans les délibérations de famille ». (Art. 42 et 43 Code pénal.)

Dans ces deux cas, l'exclusion ou la destitution sont encourues de plein droit, par le seul effet des condamnations prononcées par le tribunal de répression. Toutefois, quand l'interdiction a cessé par l'expiration de la peine ou par la grâce, le père ou la mère frappés d'interdiction légale peuvent être admis, sur l'avis conforme du conseil de famille, à gérer la tutelle de leurs propres enfants, et, par la même raison, à faire partie du conseil de famille (Code pén., art. 34-4°) ; la même faveur doit être étendue à l'aïeul relativement à ses petits-enfants.

De même, ceux qui ont été privés par un tribunal jugeant correctionnellement du droit d'être tuteurs peuvent être maintenus, par l'avis conforme du conseil de famille, dans la tutelle de leurs propres enfants et faire partie du conseil de famille, et cela, même pendant la

durée de leur peine ¹, sauf toutefois l'exception à cette faveur que fait l'article 335 du Code pénal, en ce qui concerne les condamnés pour délit d'encouragement des mineurs à la débauche.

3^e L'article 8 de la loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, prononce l'exclusion ou la destitution de membre du conseil de famille contre tout individu déchu de la puissance paternelle. Cet article est ainsi conçu : « Tout « individu déchu de la puissance paternelle est « incapable d'être tuteur, subrogé tuteur, curateur ou membre du conseil de famille. »

Aux termes de l'article 1^{er} de la même loi, la déchéance de la puissance paternelle est prononcée de plein droit contre les individus condamnés pour délit de proxénétisme à l'égard de leurs propres enfants, pour crime commis sur leurs enfants, et contre les individus condamnés deux fois pour délit sur la personne de leurs enfants, ou condamnés deux fois pour le délit d'excitation habituelle de mineur à la débauche.

Aux termes de l'article deuxième de la même loi, les tribunaux peuvent prononcer la déchéance de la puissance paternelle contre les père et mère à raison des condamnations pour faits d'inconduite ou pour défaut de surveil-

1. AUBRY et RAU, T. 1^{er}, § 104, p. 419, note 7.

lance sur leurs enfants, qui sont spécifiés audit article.

L'exclusion ou la destitution en ce cas est une conséquence de la déchéance de la puissance paternelle, et elle a lieu de plein droit, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la déchéance a été elle-même encourue de plein droit ou prononcée par les tribunaux.

Mais, aux termes de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1889, quand le père ou la mère, frappés de déchéance, sont restitués dans la puissance paternelle et qu'ils ont obtenu leur réhabilitation, l'incapacité d'être tuteur ou membre du conseil de famille établie par l'article 8 de ladite loi, cesse avec la cause qui l'a produite.

Quant à l'inconduite notoire et à la mauvaise gestion, à parler correctement, elles n'opèrent point par elles-mêmes directement, mais indirectement. Ce ne sont pas elles qui privent du droit de faire partie d'un conseil de famille, mais c'est la destitution d'une tutelle quelconque prononcée par une délibération de famille qui a déjà constaté la gravité de la cause d'exclusion : cela résulte clairement des termes de l'article 445. Par conséquent, toute allégation d'inconduite ou de mauvaise gestion qui se produirait dans l'assemblée devrait être écartée du conseil de famille, tant qu'on n'apporterait pas la preuve authentique d'une destitution ou d'une exclusion

antérieure, la loi n'admettant ni inquisition ni enquête.

L'article 444 Code civ., d'ailleurs, n'attache à l'inconduite notoire, à l'incapacité ou à l'infidélité que la peine d'exclusion de la tutelle, et il ne prononce pas en outre l'exclusion du conseil de famille. Cela s'explique : l'intérêt du mineur, qui est fort engagé à ce que le tuteur ne soit pas d'une inconduite notoire, passe au second plan lorsqu'il s'agit de faire une enquête sur la vie privée des citoyens, dans le seul but de les empêcher de délibérer dans un conseil de famille. Ce serait là, en effet, une inquisition continuelle sur la vie privée, ce qu'on ne peut admettre. Ici, d'ailleurs, l'intérêt du mineur peut être sauvegardé autrement que par l'exclusion : le juge de paix, lorsqu'il compose le conseil de famille peut se dispenser d'appeler le parent dont l'inconduite serait notoire.

Cette théorie est préconisée du reste par MM. Freminville, t. I^{er}, p. 93, — Zachariæ, éd. Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 393, notes 24 et 26, — Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 337, — Demante, t. II, n^o-196 *bis*, — Demolombe, t. VII, n^o 514, — Laurent, t. I^{er}, n^o 541¹.

Les causes d'exclusion énumérées dans

1. En ce sens : Besançon, 26 août 1808 (Sirey, 1808. 2. 866); — Cass., 13 octobre 1807 (Sirey, 1807. 1. 473); — Paris, 10 juillet 1874 (D. P. 76. 2. 188).

l'article 444 sont les seules admissibles ; cet article ne s'applique, du reste, qu'aux causes d'exclusion ou de destitution mentionnées dans la section VIII, dont il fait partie.

Lorsque la mère, à la veille de se remarier, convoque le conseil de famille sur le point de savoir si la tutellé lui sera conservée, elle ne doit pas prendre part à une délibération qui statue sur le degré de confiance qu'elle inspire ; elle peut seulement être appelée dans l'assemblée pour y donner des explications.

Lorsqu'elle a été maintenue dans la tutelle légale, personne ne lui conteste le droit d'être membre des conseils de famille futurs. Mais, en est-il de même quand elle a perdu la tutelle. En ce cas, il y a controverse : un premier système la regardant comme en état de suspicion légale, l'écarte du conseil, ainsi que son nouvel époux. (En ce sens : Aix, 7 mars 1846, D. P. 46, 2, 171 ; — Delvincourt, t. I^{er}, p. 277, note 8.) Un deuxième système, qui a pour lui la majorité des auteurs, répondant qu'elle n'est ni exclue ni destituée, l'admet ainsi que son nouvel époux. (En ce sens : Bruxelles, 30 mai 1810, Sirey, 1810, 2, 397 ; — Zachariæ, éd. Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 393 ; — Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 336 ; — Valette, sur Prudhon, t. II, p. 347 ; — Demante, t. II, n° 196 *bis*, III ; — Laurent, t. IV, n° 542.

§ 3

DES EXCUSES.

L'article 413 du Code civ. oblige les membres du conseil de famille à comparaître, sous peine d'une amende, à moins qu'ils n'aient une excuse légitime : la loi ne définit pas les excuses. En présence de ce silence de la loi, les membres du conseil de famille pourront-ils se prévaloir des causes d'excuses ou de dispenses que les articles 427 et suivants du Code civil accordent aux personnes qui sont appelées à la tutelle ou à la subrogée tutelle ? Assurément non ; car aucun texte n'autorise les personnes qui font partie du conseil de famille à invoquer ces excuses. Ici, les motifs ne sont du reste pas les mêmes : il est beaucoup moins gênant d'être membre d'un conseil de famille, qui ne se réunit ordinairement qu'assez rarement, que d'être chargé d'une tutelle ou subrogée tutelle, dont les charges sont lourdes et permanentes. Il pourra arriver néanmoins que certaines causes qui dispensent de la tutelle constituent, suivant les circonstances, un empêchement légitime à faire partie d'un conseil de famille ; ce seront là des empêchements de fait, dont le juge de paix sera seul juge de la légitimité.

CHAPITRE III

DE LA CONVOCATION DU CONSEIL DE FAMILLE.

En principe, il n'appartient qu'au juge de paix de convoquer la réunion d'un conseil de famille ou d'en autoriser la convocation. C'est un droit qu'il exerce, soit de son chef, spontanément, soit sur réquisition ; de son chef, pour obéir à une prescription de la loi, et généralement quand il le trouve utile aux intérêts du mineur ; sur réquisition ou dénonciation quand il lui en est adressé une. (Art. 406, 446, 479 Cod. civ.)

Toutefois, il existe une grande différence entre la réquisition et la dénonciation : lorsqu'il est requis par ceux que la loi a investis de ce droit, le juge de paix est tenu de convoquer le conseil de famille. On peut former appel contre son ordonnance, s'il rejette la requête, et le prendre à partie s'il refuse d'y répondre ; tandis que la dénonciation, n'ayant pour objet que de renseigner le juge de paix sur les faits, le laisse complètement libre d'user ou non du droit de convocation.

La réquisition a lieu ordinairement par requête écrite présentée au juge de paix, qui y répond en rendant une ordonnance.

Mais qui peut requérir cette convocation ?

- 1° Les parents et alliés du mineur,
- 2° Ses créanciers et autres intéressés,
- 3° Le subrogé tuteur,
- 4° Le tuteur,

Chacun pour des causes que nous allons indiquer.

1°. — Tous les parents et alliés du mineur peuvent requérir la convocation à l'effet de lui faire nommer un tuteur. (Art. 406 Cod. civ.) Mais, s'il s'agit de faire destituer le tuteur, la convocation ne peut être formée que par les parents ou alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches (art. 446), s'il y a un subrogé tuteur. Toutefois, on rentre dans la règle générale, et le droit de convoquer le conseil de famille appartient à tous parents, alliés, créanciers ou autres intéressés, lorsque la destitution est poursuivie pour dol, à défaut par le tuteur d'avoir fait nommer le subrogé tuteur avant de s'ingérer dans la tutelle. (Art. 421 Cod. civ.¹)

1°. — Les créanciers ou autres parties ayant un intérêt pécuniaire peuvent requérir la convocation :

D'abord, pour la nomination du tuteur (art. 406);

1. En ce sens : DEMOLOMBE, T. VII, n° 233 ; — AUBRY et RAU, T. I^{er} § 91, p. 382 ; — LAURENT, T. IV, n° 452 ; — Aix, 24 août 1809.

Ensuite, pour la destitution du tuteur dans le cas spécifié dans l'article 421 du Code civil (Voir *supra*) ;

Enfin, pour la nomination du subrogé tuteur, si l'on se trouve dans le cas de faire un acte pour la validité duquel la présence du subrogé tuteur est nécessaire : tel qu'un partage ou une licitation. (Art 444, 972 C. pr. civ.)

3° — Le subrogé tuteur peut et doit requérir la convocation du conseil de famille, soit pour faire destituer le tuteur (article 446 Code civil), soit pour faire nommer un nouveau tuteur en cas de vacance de la tutelle (art. 424 Code civil) ; tandis que le tuteur n'a pas le droit de provoquer la destitution du subrogé tuteur. (Art. 426 Code civil.) Ce dernier peut encore requérir la convocation du conseil de famille chaque fois qu'il croit les intérêts du mineur en opposition avec ceux du tuteur.

4° Bien que la loi ne mentionne pas le tuteur, il est évident qu'il peut requérir la convocation du conseil de famille, chaque fois qu'il a besoin de consulter la famille ou de lui demander une autorisation. Il tient ce pouvoir du mandat dont il est revêtu. (Art. 457, 468 Code civil.) La loi lui en fait un devoir en certains cas, par exemple quand il s'agit de nommer un subrogé tuteur ou d'accepter une succession échue au mineur. (Art. 421 et 461 Code civil.)

Le tuteur et le subrogé tuteur une fois nommés, le droit de convoquer le conseil de famille leur appartient spécialement : le Juge de paix aura-t-il encore concurremment avec eux le droit de convoquer d'office le conseil de famille, lorsqu'il le jugera convenable aux intérêts du mineur ?

Ce droit n'est pas textuellement écrit dans la loi ; mais ce droit dérive pour le Juge de paix de l'ensemble des dispositions de la loi, car c'est lui que la loi a nommé président du conseil, et a chargé de veiller aux intérêts du mineur. (Art. 414-415 Code civ.) Les articles 406, 421, 446 Code civ. ne sont pas limitatifs ; nous penserons donc avec MM. Demolombe, t. VII, n° 280, et Laurent, t. IV, n° 452, que le Juge de paix a qualité pour convoquer le conseil de famille dans tous les cas où l'intérêt du mineur l'exige. Il est souvent nécessaire, en effet, dans certaines occasions, que le Juge de paix, que sa position rend indépendant, ait sa liberté d'action : il pourra convoquer le conseil, de sa propre autorité, dans certains cas où un parent pourrait reculer dans la crainte où il serait que la convocation faite par lui fût naître des discussions de famille ¹.

Quant au ministère public, peut-il requérir

1. *Contra* : AUBRY et RAU, t. I^{er}, § 94, p. 382.

la convocation du conseil de famille, bien que les officiers du ministère public ne soient pas compris parmi les personnes désignées dans l'article 406 Code civ. ?

La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour décider que ce droit ne leur appartient pas, même à l'égard d'un interdit. Car, outre que l'article 406 est limitatif, en règle générale, en matière civile, le ministère public n'agit d'office que dans les cas spécifiés par la loi. (Art. 12, titre VIII, loi du 17 août 1790, et art. 46, loi du 26 avril 1810.) Aussi, en l'absence de texte qui le lui confère, le ministère public n'a pas le droit de convocation ni le droit de réquisition. Il ne peut que signaler au Juge de paix le fait qui motive la réunion du conseil. En ce sens : MM. Demolombe, t. VII, n° 287 ; — Aubry et Rau, t. I^{er}, § 94, p. 382 ; — Laurent, t. IV, n° 452 ; — Baudry-Lacantinerie, t. I^{er}, n° 1026 ¹.

En outre, toute personne, même placée en dehors de celles qui ont le droit de réquisition, pourra dénoncer au Juge de paix le fait qui donnera lieu à la réunion du conseil de famille, et ce magistrat appréciera s'il y a lieu ou non à convocation. (Art. 406.)

Le 9 avril 1808, la Cour de Besançon a jugé

1. En ce sens : Cass. 27 frimaire an XIII (SIREY, 1807. 2. 1058) ; — Cass., 11 août 1818 (SIREY, 1819. 1. 17) ; — Orléans, 23 février 1837 ; — PASTORET, Dev. 1833, II. 69.

que c'est le Juge de paix qui doit convoquer le conseil de famille, seul, et non pas la personne qui en provoque la réunion. Cette décision manquait d'exactitude; aussi la jurisprudence a-t-elle reconnu depuis que la convocation n'était pas moins régulière lorsqu'elle était faite à la diligence du requérant, autorisé par le Juge de paix. Bien plus, lorsque, chose assez commune, les parents et amis du mineur se rendent volontairement chez le Juge de paix, son adhésion résulte du fait même de son concours aux opérations du conseil ¹.

Il y a deux modes, c'est-à-dire deux formes de convocation : officieuse et officielle. Le plus souvent, la convocation se fait officieusement, c'est-à-dire à l'amiable, soit par lettre, soit verbalement, cela en vue d'éviter des frais et de ménager des susceptibilités que pourraient éveiller des actes extrajudiciaires. Dans ce cas, il n'y a pas de délais rigoureux à observer entre la convocation et la réunion, et il n'y a pas de sanction contre le membre qui fait défaut ².

La convocation officielle se fait par acte d'huissier : l'article 411 s'exprime ainsi : « Le

1. En ce sens : DEMOLOMBE, T. VII, n° 275; — AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 91, p. 382 et suiv.; — LAURENT, T. IV, n° 444; — Paris, 4 août 1849 (D. P. 50. 2. 191); — Douai, 22 juillet 1856 (D. P. 58. 2. 45).

2. En ce sens : DEMOLOMBE, T. VII, n° 290; — ZACHARJÉ, AUBRY et RAU, T. I^{er}, p. 344; — MARCADÉ sur l'article 411; — Rouen, 27 avril 1827 (Sirey, 27. 2. 196); — Caen, 30 août 1847 (D. P. 48. 2. 179).

« délai pour comparaître sera réglé par le Juge
« de paix à jour fixe, mais de manière qu'il y
« ait toujours, entre la citation notifiée et le jour
« indiqué pour la réunion du conseil, un inter-
« valle de trois jours au moins, quand toutes les
« parties citées résideront dans la commune ou
« dans la distance de deux myriamètres. Toutes
« les fois que, parmi les personnes citées, il s'en
« trouvera de domiciliées au delà de cette dis-
« tance, le délai sera augmenté d'un jour par
« trois myriamètres.

L'article 411 C. civ. a été modifié, en ce qui concernait l'augmentation d'un jour par trois myriamètres, par l'article 4, alinéas 2 et 7 de la loi du 3 mai 1862. L'augmentation n'est plus aujourd'hui que d'un jour par cinq myriamètres; mais les fractions de quatre myriamètres ou au-dessus augmentent le délai d'un jour entier.

Le délai est prescrit à peine de nullité de la convocation officielle. (Caen, 30 août 1847. — Voir *supra*.) Mais la délibération n'en serait pas moins valable, quoique prise avant l'échéance du délai légal, si tous les membres convoqués y avaient assisté.

Toutes les fois que le juge de paix convoque spontanément, ou bien que les circonstances obligent à procéder officiellement, par exemple en cas de mauvaise volonté de quelque membre nécessaire à la composition du conseil, il

importe que ce magistrat délivre une cédule qui donne la liste des noms et demeure des personnes à convoquer, en énonçant positivement leur qualité de parents, amis ou alliés, l'objet de la réunion, le jour, l'heure et le lieu ; puis, cette cédule est notifiée tout au long, en observant les délais de distance, à chaque membre du conseil par citation d'huissier signifiée à la diligence du juge de paix ou de celui qu'il a autorisé à convoquer le conseil de famille. Si le juge de paix procédait d'une autre manière, par exemple s'il convoquait à la requête d'un parent, par voie de citation sans cédule, on serait exposé à voir un membre du conseil de famille cité arguer d'irrégularité pour ne pas se présenter et se soustraire ainsi à l'amende, ce qui, de plus, nécessiterait une seconde convocation.

Si un membre du conseil ne comparaît pas, et que l'excuse qu'il invoque soit admise, c'est au juge de paix de décider, suivant l'intérêt du mineur, s'il y a lieu de délibérer en l'absence du membre excusé. Il pourra, soit renvoyer l'assemblée à une époque ultérieure, mais indéterminée, c'est-à-dire ajourner l'assemblée, soit continuer la délibération à jour fixe, c'est-à-dire proroger.

Les parents, alliés ou amis, convoqués conformément aux règles édictées par l'article 411, sont tenus de se rendre en personne ou de

se faire remplacer par un mandataire. (Art. 412 Code civil.)

Le membre qui se fait remplacer doit donner à son mandataire le pouvoir de délibérer et de voter sur les questions devant faire l'objet d'une réunion spécialement indiquée ; mais le mandat, tout en étant spécial, ne doit pas être impératif ; il faut que le mandataire ait toute liberté, car, dans toute délibération qui doit être suivie d'un vote, il y a lieu à discussion ; or, cette discussion a pour but d'éclairer les membres du conseil. S'il était possible de donner un mandat impératif et d'enchaîner ainsi son mandataire, en lui imposant d'avance ce qu'il devra dire et faire, ce serait absolument anéantir cette liberté de discussion. Le Juge de paix devra donc tenir pour nulle la procuration qui énoncera un mandat impératif au mandataire. Le mandataire pourvu d'une telle procuration ne sera pas admis à prendre part à la délibération, et le mandant sera considéré comme défaillant ¹.

La procuration donnant mandat de représenter un membre du conseil de famille n'a pas besoin d'être authentique : aucun texte de loi n'exige en effet cette formalité ; elle pourra donc être sous seing privé, mais elle devra être enre-

1. En ce sens : ZACHARIE, éd. Massé et Vergé, T. I^{er}, page 396, note 10 ; — DEMOLOMBE, T. VII, n° 295 ; — AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 94, p. 384, note 8 ; — LAURENT, T. IV, n° 457 ; — HUC, T. III, n° 308.

gistrée et annexée au registre des délibérations.

Supposons qu'un mandataire muni d'une procuration contenant un mandat impératif, ait pris part à une délibération : quel sera le sort de cette délibération ?

Bien que le mandataire n'ait pas été revêtu d'un pouvoir régulier, les tribunaux pourraient-ils valider cette délibération, si elle était prise dans l'intérêt du mineur, et, si cet intérêt n'a pas été lésé, devront-ils toujours l'annuler ?

Il faut répondre qu'ici l'irrégularité ne porte pas sur la composition du conseil, mais sur le mode de délibérer du conseil ; le mandataire muni d'un mandat impératif, devant voter dans un sens déterminé à l'avance, ne pourra se préoccuper de la discussion, ni des observations qui pourront être présentées soit par les autres membres du conseil, soit par le juge de paix ; il n'y aura donc pas eu de délibération proprement dite, de délibération légale, elle sera donc nulle : En ce sens : Tribunal de Chambéry, 16 mai 1880 et, plus récemment encore, Cour de Pau, 2 janvier 1895 (D. P. 1896, 2, 217).

Enfin, aux termes de l'article 412 Code civil, un fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne ; s'il en était autrement, on ne tarderait pas à voir des conseils de famille représentés par une seule personne munie des procurations de tous les membres du conseil de

famille : les intérêts du mineur se trouveraient alors gravement compromis ; car il n'y aurait plus de discussion et, par suite, de délibérations ; cela aurait été la ruine de cette institution ; c'est ce que le législateur n'a pas voulu.

Comme nous l'avons indiqué dans un précédent chapitre, l'assemblée se tient de plein droit chez le juge de paix (art. 415 Code civil), sans qu'il soit besoin que la citation indique un autre lieu de réunion.

Malgré l'article 8 du Code de procédure civile, qui dit que les audiences de justice de paix sont publiques, les séances du conseil de famille sont privées. Dans ce cas, on n'est plus, en effet, à l'audience, mais en présence d'une réunion de parents agitant des questions personnelles, et s'occupant d'intérêts privés d'un mineur, qui n'intéressent en rien les tiers ¹.

1. En ce sens : DEMOLOMBE, T. VII, n° 301 ; — AUBRY et RAU, p. 384, texte et note 11 ; — LAURENT, T. I^{er}, n° 459.

CHAPITRE IV

MODE DE DÉLIBÉRATION. — HOMOLOGATION.

§ 1^{er}

DU MODE DE DÉLIBÉRATION.

Maintenant que nous avons vu comment est composé le conseil de famille, étudions comment il fonctionne :

Bien que nous trouvions, pour présider le conseil de famille, un juge de paix, il ne faudrait pas croire pour cela que le conseil de famille fût une sorte de tribunal domestique, ayant une certaine juridiction et rendant des jugements. Loin de là, la mission du conseil de famille consiste simplement à prendre des délibérations et à donner des avis dans l'intérêt du mineur ou de l'interdit suivant les circonstances que nécessite le soin de leur personne ou de leurs biens.

Le conseil de famille fait donc deux espèces d'actes distincts : il peut donner des avis ou prendre des délibérations. Ces expressions ont souvent un sens identique, et les mêmes prin-

cipes régissent les délibérations et les avis : le Code civil se sert du mot délibération (art. 494, 514, 2143, 2144 du Code civ.); le Code de procédure du mot avis. (Art. 856, 892, 893 Code proc. civ.) Cependant, certains auteurs font une distinction entre les avis et les délibérations : les délibérations sont alors les actes par lesquels le conseil de famille autorise ou prend directement une mesure quelconque, ou, en un mot, remplit la part d'attributions qui lui a été attribuée par la loi, soit pour l'organisation, soit pour l'administration de la tutelle.

L'avis est, au contraire, employé dans le sens particulier du mot, par exemple lorsque la loi fait une obligation pour le tuteur, et même pour le subrogé tuteur, de consulter le conseil de famille pour certains actes, sans l'obliger à se conformer à son opinion. En outre, le tuteur a toujours le droit de prendre cet avis pour s'éclairer dans son administration, hors les cas où il est obligatoire ¹. Mais, comme nous le disions, dans le langage du Code et des interprètes, les deux mots avis et délibération sont souvent pris l'un pour l'autre, et employés d'une façon générale pour désigner les actes du conseil de famille.

1. DEMOLOMBE, T. IV, n° 322.— AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 95, p. 386 et suiv.

Le juge de paix, étant « membre né » et « président né » du conseil de famille, doit, à peine de nullité de la délibération, émettre son avis. Loin de se borner à la direction et à la rédaction des délibérations, sa mission consiste : à exposer les motifs de la convocation, à éclairer l'assemblée, à poser les questions, à proposer les nominations ou autorisations, à régler l'ordre de la discussion et à y prendre part. C'est lui qui recueille les voix en commençant par les parents et les alliés les plus âgés ou les plus proches, puis il émet son vote personnel et proclame le résultat de la délibération. Le juge de paix doit être assisté du greffier, qui rédige la délibération et en délivre une expédition ou extrait. (Déc. 16 février 1807, art. 7.)

L'assemblée étant réunie, « la présence des « trois quarts de ses membres convoqués sera « nécessaire pour qu'elle délibère » (art. 415 Code civ.), c'est-à-dire convoqués officiellement. Ainsi, dans les cas ordinaires, où le conseil de famille est composé de six membres, non compris le juge de paix, il en faut au moins cinq pour délibérer valablement. De même, il en faut six lorsque, par suite du concours des frères et beaux-frères germains avec les ascendantes veuves et les ascendants, le nombre des membres convoqués est de huit. On doit écarter de ce nombre le juge de paix, qui ne doit pas y être

compris, puisqu'il n'est pas convoqué ; c'est, au contraire, lui qui convoque : du reste, le mot convoqué fut ajouté tout exprès dans l'intention de ne pas compter le juge de paix pour former le *quorum* ¹. De même, le membre qui n'a comparu que pour s'excuser ne doit pas davantage être compté, car il n'a pas assisté à la délibération.

Si, les trois quarts des membres convoqués étant présents ou dûment représentés, plusieurs se refusent à prendre part à la délibération, le conseil de famille pourra valablement délibérer quand même; car tous ces membres ont comparu, et l'article 415 n'exige pas que les trois quarts délibèrent. En ce sens : Bruxelles, 11 février 1888; — Pasicrisie belge, 1888. 3. 128 ².

Il en est tout autrement lorsque, la convocation ayant été faite par lettre ou verbalement, un membre convoqué ne comparait pas ; alors le conseil ne peut délibérer valablement en nombre moindre de six, ni en l'absence d'un membre qui entre nécessairement dans la composition du conseil, tel qu'un frère germain du mineur ou de l'interdit.

1. En ce sens : FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, p. 611; — LOCRÉ, *Esprit du Code civil*, t. vi, sur l'article 415; — DEMOLOMBE, t. vii, n° 303; — AUBRY et RAU, t. i^{er}, § 94, p. 384, note 12; — LAURENT, t. iv, n° 460; — BAUDRY-LACANTINERIE, t. i^{er}, n° 1028.

2. DEMOLOMBE, t. vii, n° 305. — LAURENT, t. iv, n° 360. — HUC, t. iii, n° 310. — Cass., 10 déc. 1828 (D. P. 29. 1. 61).

L'article 416 Code civ. dispose que le conseil de famille sera présidé par le juge de paix, qui y aura voix délibérative et prépondérante en cas de partage. Il faut donc que le juge de paix prenne part à la délibération ; il ne doit pas seulement présider l'assemblée, mais, pour laisser toute liberté d'opinion aux membres délibérants, il est convenable qu'il les fasse voter avant lui un par un ; puis, après avoir émis son vote personnel, il recueillera les voix, les comptera et proclamera le résultat de la délibération. Seulement, chaque membre a le droit de changer et d'émettre un autre avis tant que le résultat n'est pas prononcé.

Ce que la loi demande au juge de paix, c'est son vote sur le sujet proposé ; aussi ne satisfait-il pas à cette obligation lorsqu'il se borne à déclarer que les renseignements fournis ne lui paraissent pas suffisants, lors même que sa voix, ajoutée au vote le plus faible, n'eût pas pu changer le résultat de la résolution adoptée. Dans ce cas, s'il ne se trouve pas suffisamment éclairé, il doit ajourner ou proroger l'assemblée à l'effet d'obtenir d'autres renseignements, de même qu'il devrait le faire si quelque membre demandait sérieusement une remise pour s'éclairer.

La voix du juge de paix est donc prépondérante en cas de partage : cela ne veut pas dire

que sa voix compte pour deux ; mais que, lorsque la balance est égale, trois voix contre trois voix, quatre voix contre quatre, la sienne pèse plus lourd, et fait pencher le plateau du côté où elle se place.

Quand il y a partage dans le sens de l'art. 416 Code civ., il faut que la délibération soit prise à la majorité, non pas des membres qui ont délibéré, mais des membres présents ¹.

Mais comment doit-on interpréter ce mot majorité ?

Tous les jurisconsultes qui ont abordé cette question ont compris que sa solution est liée à la question de savoir si les délibérations du conseil de famille peuvent se prendre à la majorité relative, ou bien si elles doivent être prises à la majorité absolue ? Y a-t-il seulement partage quand l'assemblée, délibérant en nombre pair, se trouve divisée en deux fractions égales ; ou bien le partage existe-t-il, aux yeux de la loi, même quand les votes sont divisés en plusieurs fractions dont aucune ne forme la majorité absolue ?

Dans un premier système, une délibération peut être prise à la majorité relative, c'est-à-dire

1. Nous devons faire remarquer ici que, dans le cas spécial où il s'agira de nommer un subrogé tuteur, le tuteur, s'il fait partie du conseil de famille, bien que présent, ne pourra voter. (Art. 423 Cod. civ.)

qu'il suffit d'un nombre de voix supérieur au nombre de voix obtenu par celui des autres concurrents qui en a le plus, et alors il y a partage toutes les fois que le conseil de famille s'est divisé en deux ou plusieurs opinions, dont deux au moins, égales entre elles et supérieures aux autres, ne réunissent pas plus de la moitié des voix. Supposant sur sept membres, y compris le juge de paix, trois opinions, avec trois voix pour la première, deux pour la seconde, deux pour la troisième, c'est la première qui l'emportera. Car, relativement à chacune des deux autres considérées isolément, elle est plus forte, sans qu'il soit besoin de s'occuper de la prépondérance du juge de paix, puisqu'il n'y a pas partage. Supposons, au contraire, trois voix, dont celle du juge de paix, pour la première opinion, trois voix pour la deuxième, une voix pour la troisième : il y a partage ; c'est encore la première qui l'emportera, ayant pour elle la voix du président, qui est prépondérante ¹.

Suivant un deuxième système, une délibération de famille doit être prise à la majorité absolue, c'est-à-dire qu'il faut la moitié des voix plus une, et il n'y a partage que dans le cas

1. En ce sens : LOCRÉ, *Esprit du Code civil*, sur l'art. 415; — TOULLIER, *Droit civil français*, t. II, n° 1121; — PROUDHON, *Des personnes*, II, p. 323; — TAULIER, *Théorie du Code civil*, II, p. 32; — CHARDON, III, p. 291.

unique où le conseil s'est divisé en deux opinions ayant chacune un nombre égal de voix. Dans ce système, pour qu'une opinion fasse loi, il faut qu'elle soit à elle seule plus forte que toutes les autres réunies. Soit, dans un conseil composé de sept membres, une première opinion composée de quatre voix, une autre avec deux et une troisième avec une voix : c'est la première qui l'emporte, réunissant à elle seule plus de la moitié des suffrages. Soit maintenant, dans une assemblée où il n'y a que six membres délibérants, deux opinions égales de trois voix, c'est-à-dire partage : celle qui aura pour elle le juge de paix l'emportera sur l'autre à cause de la prépondérance. Cette doctrine est celle de MM. Delvincourt, t. I^{er}, p. 112, notes 5 et 6 ; — Duranton, t. III, n° 466 ; — Marcadé, sur l'article 416 ; — Freminville, *De la minorité*, t. I^{er}, n° 107 ; — Zachariæ, éd. Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 397, § 202, texte et note 21 ; — Demolombe, t. VII, n° 313 ; — Laurent, t. IV, n° 461 ; — Aubry et Rau, t. I^{er}, § 94, p. 385, note 14 ; — Baudry-Lacantinerie, t. I^{er}, n° 1028. En ce sens : Metz, 16 février 1812 (Sirey, 1812. 2. 389) ; — Aix, 10 mars 1840 (Sirey, 1840. 2. 346).

Pour interpréter un texte de loi ambigu, la première chose à faire avant tout est d'essayer de découvrir quelle a bien pu être l'intention du législateur qui l'a édicté. Cette intention n'ap-

paraît pas clairement dans l'article 416 Code civ. : le législateur n'y parle ni de majorité absolue ni de majorité relative ; il prévoit seulement le partage des voix, en montrant qu'il veut une majorité sans dire laquelle, laissant ainsi l'interprète livré à ses propres forces. Que décider ? Examinons l'un et l'autre système que nous venons d'exposer.

Les auteurs du premier système raisonnent de la manière suivante : l'article 416 dit en termes absolus que la voix du juge de paix est prépondérante en cas de partage ; or, le partage a lieu toutes les fois qu'il y a plusieurs opinions, quel qu'en soit le nombre ; de plus, cet article suppose sans doute le conseil de famille composé régulièrement de sept membres, y compris le juge de paix. Or, d'après cette composition, il n'y aurait jamais lieu à la prépondérance de la voix du juge de paix, si l'article 416 ne parlait que du partage entre deux opinions ; car alors il y aurait toujours majorité absolue, le nombre des votants étant de sept. Enfin, s'il n'en était pas autrement, l'intérêt du mineur serait compromis ; car il y aurait beaucoup de difficultés et de retard.

M. Demolombe et les partisans du second système répondent à cela que, lorsque la loi emploie le mot partage seul et sans aucune condition, elle suppose, en général, que deux opinions

sont seules en présence. Il suffit pour cela de parcourir les articles 117 et 118 du Code de procédure civile; il en est donc de même de l'article 416 : il ne se réfère qu'au cas où il n'y a que deux opinions. En second lieu, de ce que la composition du conseil de famille comprend sept membres en général, il ne s'ensuit pas que l'article 416 n'ait pas prévu le cas où il en comprendrait un nombre pair, surtout si on remarque que l'article qui le précède immédiatement dit qu'il faut la présence des trois quarts des membres pour que la délibération soit valable, ce qui porte le nombre à six avec le juge de paix; il a dû, au contraire, prévoir tous les cas pour être complet. De plus, dans le système contraire, chaque opinion peut ne comprendre que deux et même une seule voix, et le juge de paix peut arriver ainsi à prendre tout seul une décision. L'intérêt du mineur, dans ce cas, serait donc encore bien moins bien protégé qu'avec le système de la majorité absolue.

Que devons-nous penser en présence des arguments de ces deux systèmes ?

Suivant le système qui exige la majorité absolue pour la validité d'une délibération, c'est-à-dire au moins quatre voix contre trois quand le conseil est composé de sept membres, et cinq voix contre quatre quand il comprend neuf membres, il ne peut pas exister de partage, si

l'on n'obtient pas cette majorité, et la voix du juge de paix n'y sera jamais prépondérante ; par conséquent, la tentative de délibération n'aboutira pas ; elle restera sans issue, et il en sera de même toutes les fois que le nombre des délibérants sera impair. Supposons, au contraire, le conseil de famille composé de membres en nombre pair, y compris le président : sur six voix, quatre contre deux donneront la majorité absolue *de plano* ; trois contre trois donneront aussi avec partage la majorité absolue par la prépondérance lorsqu'elles compteront pour elles le juge de paix, sinon pas de partage, et pas d'issue quand ce magistrat sera des deux ou bien l'unité. Et l'on obtiendra un résultat analogue avec dix ou douze membres.

Voyons maintenant le système qui se contente de la majorité relative. En supposant le conseil de famille composé de sept membres délibérants, y compris le président, quatre voix contre trois donneront la majorité absolue *de plano* ; trois contre trois et une produiront la majorité relative par prépondérance, si le juge de paix compte dans l'un des nombres trois ; sinon pas de délibération, pas d'issue. Deux contre deux et une donneront le même résultat ; quand les voix se partageront en sept opinions distinctes, celle du juge de paix suffira pour faire la loi à elle seule, et l'on arriverait à des solutions ana-

logues en délibérant avec neuf membres ou tout autre nombre impair.

Supposons le conseil de famille composé d'un nombre pair, sur six voix, trois contre trois : il y a partage et majorité absolue par la prépondérance du juge de paix ; de même deux, deux et deux. De même encore deux, deux, un et un, si le juge de paix fait partie d'un deux, sinon pas d'issue malgré le partage. Enfin, partage et majorité relative par prépondérance s'il y a six opinions différentes ; et les solutions seraient toujours les mêmes avec un conseil de huit ou dix membres, y compris le juge de paix.

Ce deuxième tableau montre que l'un et l'autre système ont l'inconvénient de ne pas aboutir à une délibération, et d'exposer les intérêts du mineur à rester en souffrance. Mais, néanmoins, le système de la majorité absolue a sur l'autre un avantage qui paraît décisif : c'est, en exprimant l'opinion du plus grand nombre, d'offrir plus de garanties, et une raison instinctive nous dit que l'opinion du plus grand nombre doit prévaloir comme étant le signe de la vérité. De là, concluons en thèse générale que la majorité absolue est la loi primordiale et fondamentale des majorités dans les assemblées délibérantes, et spécialement que, pour la validité d'une délibération émanant d'un conseil de famille, il faut la moitié des voix plus une ou

bien la moitié des voix, comptant celle du juge de paix. C'est ainsi que nous comprenons le mot partage de l'article 416.

Mais, ainsi que nous venons de le constater, ce système de la majorité absolue n'aboutit à aucun résultat quand il se forme dans le conseil plus de deux opinions dont aucune n'a cette majorité. Alors se présente la question de savoir comment remédier à cet inconvénient?

On appliquera par analogie l'article 117 du Code de procédure civile : les membres du conseil de l'opinion la plus faible devront se réunir à l'une des deux opinions qui ont le plus de voix. Nous admettrons cette opinion qui est celle de MM. Demolombe, t. VII., n° 314, et Aubry et Rau, *loc. cit.* Malgré M. Laurent, t. IV, n° 462, qui enseigne au contraire qu'en l'absence d'un texte obligeant les membres du conseil de famille à changer d'opinion, on ne peut pas leur étendre, par voie d'analogie, la disposition tout à fait exceptionnelle de l'article 117 Code proc. civ.

Mais il peut arriver que l'opinion la plus faible ne veuille pas adhérer à l'une des opinions les plus fortes, ou bien que toutes les opinions comptent un nombre égal de voix, ou même que, l'une seulement étant plus forte que les autres, celles-ci soient égales entre elles : comment sortir de cette impasse ?

On a proposé divers moyens : soit d'appeler un ou plusieurs membres nouveaux dans le conseil pour le départager (argm. art. 118)¹, soit de se contenter de la majorité relative², soit d'en référer au tribunal civil, qui prendrait les mesures nécessaires pour arriver à une solution ; car, dit-on, « après tout, il faut bien en finir ; il faut que la tutelle fonctionne ».

Oui, sans aucun doute, il faut que la tutelle fonctionne, mais il faut qu'elle fonctionne bien, légalement ; or, ces moyens, ces procédés pour sortir d'embarras ne sont que des expédients inadmissibles. En effet, que l'art. 117 du Code de procédure civile oblige les juges plus faibles en nombre à se réunir à l'une des deux opinions émises par le plus grand nombre, que l'art. 118 appelle un juge supplémentaire en cas de partage, cela s'explique par la multiplicité des procès et la nécessité de juger promptement à peine de deni de justice. Mais le législateur s'est bien gardé de disposer de même pour les délibérations de famille, parce qu'il n'y avait pas là les mêmes raisons, et que, s'il l'eût fait, sa disposition aurait souvent échoué devant la conviction ou la volonté des membres dissidents. Est-il besoin d'ajouter qu'en 1804, date de la

1. DURANTON, III, n° 466.

2. MARCADÉ, II, sur l'art. 416.

promulgation du titre de la Minorité, qui comprend l'article 416 du Code civil, le cas de partage entre les juges du tribunal n'était pas régi par les articles 117 et 118 du Code de procédure civile, promulgué en 1806, mais par la loi du 14 prairial an VI, qui d'ailleurs ne s'appliquait pas davantage à l'article 416. Quant à la majorité relative, nous avons démontré qu'elle n'est pas admissible en l'absence d'un texte formel. Enfin on commet une erreur quand on propose d'en référer au tribunal civil pour arriver à vaincre l'obstination des membres dissidents; car il est de principe que les tribunaux ne peuvent connaître, en cette matière, que des difficultés soulevées par une délibération déjà prise. Il appartient au Juge de paix, et c'est pour lui un devoir, de composer le conseil de famille; il peut même le modifier en s'inspirant des règles tracées par le Code et des intérêts du mineur. L'appréciation d'une protestation faite avant la délibération ou la convocation ou la composition de l'assemblée entre exclusivement dans ses attributions gratuites; en un mot, le pouvoir de ce magistrat est absolu, sauf le contrôle ultérieur du tribunal de première instance.

Pour nous, voici quelle est la seule ressource: au premier vote, s'il y a majorité absolue, le Juge de paix proclame la résolution adoptée, rédige le procès-verbal de délibération et le fait

signer. Si, au contraire, le premier vote ne donne pas la majorité absolue, on dresse un procès-verbal en indiquant distinctement les diverses opinions qui n'ont pas abouti ; puis, le Juge de paix proroge ou ajourne l'assemblée, en ayant soin de laisser l'intervalle exigé par l'article 411, pour que tous les membres soient convoqués officiellement, c'est-à-dire par citation. A la première réunion, le conseil, composé des mêmes membres que dans la première réunion, prendra une délibération à la majorité absolue, en ayant égard à la prépondérance du Juge de paix en cas de partage, et cette majorité fera loi ; sinon le procès-verbal spécifiera l'avis de chaque membre et indiquera un nouvel ajournement.

Dès cette deuxième réunion, le Juge de paix avait la faculté de changer la composition du conseil de famille, en y appelant quelques membres nouveaux à la place d'anciens membres ; à plus forte raison pourra-t-il le faire à la troisième délibération, en éliminant les membres qui n'ont pas voulu se rallier à l'une des deux opinions les plus fortes et qui, en persistant dans leurs opinions individuelles, peuvent être considérés comme refusant d'accomplir leur mission au sens de la loi en faisant obstacle à l'établissement d'une majorité ¹.

1. En ce sens : DEMOLOMBE, T. VII, n° 317 ; — AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 94, p. 385, note 16, et p. 386, note 17 ; — LAURENT, T. IV, n° 462 ; — HUC, T. III, n° 312 ; — Aix, 10 mars 1840 (cité *supra*).

« Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne sont pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent, y compris le Juge de paix, sera mentionné dans le procès-verbal. » (Art. 383 Code procédure civile.)

L'obligation d'énoncer l'avis de chacun des membres du conseil, quand la délibération n'est pas unanime, existe, sans distinction, entre les délibérations sujettes à l'homologation et celles qui sont exécutoires sans homologation, l'article 883 permettant de recourir aussi bien contre ces dernières que contre les autres.

L'article 883 exige-t-il que l'avis soit motivé? Nous ne le pensons pas; en effet, la loi n'exige formellement l'expression du motif qu'exceptionnellement, dans le cas d'exclusion ou de destitution du tuteur (art. 447 Code civ.); et, comme elle ne distingue pas, il en résulte que cette délibération doit être motivée, même quand elle a été prise à l'unanimité.

Il suffit que le procès-verbal mentionne que le conseil a délibéré, d'une façon générale, sans qu'il soit besoin d'exprimer spécialement que le Juge de paix a délibéré. Il doit naturellement contenir la liste des membres du conseil avec leur degré de parenté ou d'alliance ou leur qualité d'amis, et avec l'indication de la ligne à laquelle ils appartiennent.

Les délibérations du conseil de famille n'étant pas des actes publics, c'est exclusivement dans l'intérêt privé de la famille que le dépôt des procès-verbaux des délibérations est fait au greffe de la justice de paix. Aussi, le greffier ne doit pas délivrer à tout requérant l'expédition de ces délibérations, si ce n'est au tuteur, subrogé tuteur, ou aux membres du conseil. Malgré l'opinion de M. Laurent, t. IV, n° 459, qui enseigne qu'il est regrettable que les délibérations du conseil de famille manquent aussi de publicité : car elles intéressent, dit-il, les tiers qui traitent avec le mineur. Nous ne pouvons adopter cette opinion ; car, pour nous, les secrets de famille doivent être ignorés du public. Si le conseil de famille nomme un tuteur ou destitue celui qui avait été nommé, il suffit que le public en soit informé ; mais nous ne voyons pas qu'il y ait besoin de lui faire connaître les motifs qui ont déterminé cette mesure.

Du reste, pour les tiers qui veulent traiter avec le mineur, ils seront suffisamment informés avant de traiter ; ils n'ont qu'à exiger du tuteur la justification de sa qualité et l'autorisation du conseil de famille, lorsqu'elle est nécessaire. (En ce sens : Cass., 30 décembre 1840.)

Enfin, il peut arriver qu'une délibération se trouve obscure ou ambiguë dans sa rédaction : le conseil de famille pourra-t-il rétracter et

modifier sa délibération, quand elle n'aura pas encore reçu de commencement d'exécution par un acte passé avec un tiers ?

La jurisprudence reconnaît que rien ne défend au conseil de famille d'interpréter une délibération précédente quand sa rédaction est erronée et en rend l'interprétation incertaine, et qu'en droit, c'est au conseil de famille qu'il appartient de fixer le véritable sens des dispositions de ses délibérations relatives à l'organisation de la tutelle et de la subrogée tutelle, quand, par suite de l'emploi d'expressions inexactes ou erronées, elles semblent peu compatibles entre elles, et donnent naissance au trouble et à l'incertitude. (Cour de Paris, 4 décembre 1878. — Req., 5 août 1879.)

Mais le droit de rétracter ou de modifier une délibération appartient-il au conseil de famille ?

Il nous semble bien que oui : on peut, en effet, appliquer aux conseils de famille les mêmes principes qu'aux tribunaux, en ce cas. Quand le conseil de famille organise la tutelle, ou quand il autorise les actes d'administration du tuteur, il exerce une sorte de juridiction gracieuse. Or, d'après nos lois, les actes de juridiction gracieuse émanés des tribunaux n'ont pas l'autorité de la chose jugée ; en matière de juridiction gracieuse, si le tribunal, dessaisi par la

sentence qu'il a prononcée, est saisi à nouveau par une des parties intéressées, il pourra, s'il y a eu erreur ou illégalité commise la première fois, revenir sur sa décision, la réformer, la rétracter.

Il en sera de même du conseil de famille : il devra simplement se préoccuper de l'intérêt du mineur, et, s'il se trouve mieux éclairé et entouré de nouveaux renseignements, il pourra retirer au tuteur une autorisation qu'il lui avait donnée, tant que l'acte en vue duquel elle avait été donnée n'a pas été accompli.

§ 2

HOMOLOGATION.

L'homologation est la confirmation donnée à une délibération du conseil de famille par le tribunal de première instance ; c'est une formalité substantielle et intrinsèque de la délibération, qui la complète et qui lui donne force exécutoire.

Parmi les délibérations du conseil de famille, les unes, c'est la règle générale, sont exécutoires par elles-mêmes, les autres ne le sont qu'après avoir été soumises à l'homologation du tribunal ; mais elles ne sont soumises à cette formalité

que dans les cas exceptionnellement déterminés par la loi. Notre législateur n'exigeait cette formalité que dans des cas très graves, tels que pour les délibérations autorisant : l'emprunt, l'hypothèque, la vente des immeubles, le partage, la licitation, la transaction, la destitution du tuteur ou du subrogé tuteur. Cette nécessité de l'homologation a été étendue depuis, par la loi du 27 février 1880, aux délibérations ayant trait à l'aliénation des meubles incorporels appartenant au mineur, à la conversion des titres nominatifs en titres au porteur, quand les valeurs à aliéner ou à convertir représentent un capital supérieur à 1500 francs.

Mais cette formalité de l'homologation ne donne pas pour cela à la délibération force de chose jugée ; c'est un simple acte de surveillance judiciaire, qui n'apporte aucun empêchement à l'exercice du pouvoir qui appartient au juge de maintenir ou de réformer une délibération sujette ou non à l'homologation, quand cette délibération est plus tard attaquée conformément au recours institué par la loi ¹.

Le conseil de famille désigne un de ses membres pour poursuivre l'homologation. S'il se passe un délai de quinze jours sans que le

1. En ce sens : Req., 17 déc. 1849 (D. P. 50, 1, 77).

membre du conseil de famille ainsi désigné ait poursuivi l'homologation, l'article 887 C. pr. civ. permet alors à tout parent de poursuivre l'homologation de la délibération.

Ce sont les articles 885 et 886 du Code de procédure civile qui déterminent la forme de la procédure à suivre pour obtenir cette homologation.

L'article 888 du Code de procédure civile permet aux membres du conseil de famille de s'opposer à l'homologation, et, dans ce cas, leur prescrit d'en déclarer leur intention, par acte extrajudiciaire, à celui qui est chargé de poursuivre cette formalité. S'ils n'ont pas obéi à cette prescription, ils pourront encore intervenir dans l'instance ; mais, s'ils n'ont pris ni l'un ni l'autre de ces partis, ils ne seront plus recevables à former opposition au jugement prononçant l'homologation ¹.

Enfin, le jugement qui accorde ou qui refuse l'homologation est en principe susceptible d'appel (Cod. procéd. civ., art. 889), excepté cependant les jugements concernant l'homologation des délibérations ayant trait à l'aliénation des meubles incorporels appartenant au mineur, qui, dans tous les cas, seront en dernier ressort. C'est l'article II *in fine* de la loi du 27 février 1880 qui

1. En ce sens : Orléans, 19 décembre 1881 (D. P. 85, 2, 197).

a établi cette dérogation à l'article 889 du Code de procédure, dans le but d'éviter des frais et des lenteurs préjudiciables aux intérêts du mineur.



DEUXIÈME PARTIE

Compétence du Conseil de famille. .

Les attributions du conseil de famille sont nombreuses : d'une manière générale, elles sont de deux sortes.

Les unes, sur lesquelles nous insisterons davantage, et que nous traiterons plus spécialement, ont pour but de protéger les incapables, soit à raison de leur âge, comme les mineurs, soit à raison de leur état d'esprit, comme les interdits. Ces sortes d'attributions sont un rouage régulier d'administration : ce sont les délibérations.

Dans un sens plus spécial, le conseil de famille est appelé à donner son avis si une personne peut se trouver placée en telle puissance, pour folie, démence, imbecillité : aucune demande d'interdiction ou de dation de conseil judiciaire

ne peut être admise sans que le conseil de famille ait été préalablement consulté. C'est là encore une attribution analogue aux précédentes, et qui sera étudiée avec elles.

La seconde classe d'attributions comprend tous les cas où le conseil de famille est appelé à intervenir d'une façon toute exceptionnelle au sujet de biens et de personnes qui régulièrement ne relèvent pas de lui, et ce, pour un acte déterminé. (Articles 936, 2144 Code civil, 856 Cod. proc. civ.) Nous traiterons de cette dernière classe d'attributions en appendice.

CHAPITRE I^{er}

ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE DU VIVANT DES PÈRE ET MÈRE.

Pendant la durée du mariage, le père a les attributs de la puissance paternelle sur la personne de ses enfants (droits de garde, d'éducation, de correction, d'émancipation) et sur leurs biens (jouissance et administration légale).

Nous allons examiner d'abord, dans une première section, si le conseil de famille intervient ou a un contrôle quelconque dans l'exercice de cette première partie de la puissance paternelle qui a trait à la personne des enfants, et, dans une seconde section, nous examinerons si le conseil de famille a également à intervenir dans l'exercice de l'administration légale.

I.

Les auteurs sont unanimes à reconnaître, et personne n'a jamais contesté que, pendant tout le temps que dure le mariage, cette partie de la puissance paternelle qui s'applique à la personne des enfants, celle qui «consiste dans le droit qu'ont

les père et mère de gouverner avec autorité la personne de leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes » ¹, est exercée par le père seul ou, dans certains cas à son défaut, par la mère.

La loi ne nous parle nulle part du contrôle du conseil de famille: le père qui exerce la puissance paternelle est souverain maître ; il ne relève que de sa conscience et de sa volonté, sans que les tribunaux puissent en connaître, à moins d'une disposition exceptionnelle, par exemple dans le cas de la réquisition faite par le père au juge afin d'obtenir la détention de son enfant, et de n'y obtempérer qu'avec connaissance de cause. (Articles 377, 380, 382 ².)

Lorsque c'est la mère qui exerce ce droit, elle est soumise à un double contrôle : comme le mari, elle ne peut agir que par voie de réquisition ; mais de plus elle ne peut adresser cette réquisition au juge qu'avec l'assentiment des deux plus proches parents paternels de l'enfant, ce qui prouve bien *a contrario* que le conseil de famille doit être écarté de cette hypothèse, puisque l'intervention de la famille a lieu par le seul

1. POTHIER, *Des personnes*, partie 1 tit. II, section II.

2. Exceptionnellement, la loi du 24 juillet 1889, sur la déchéance de la puissance paternelle, décide, dans son article 9, que, quand le père est déchu de la puissance paternelle en vertu des articles 1^{er} et 2 de cette loi, le tribunal sera saisi sans délai et décidera si, dans l'intérêt de l'enfant la mère exercera les droits de la puissance paternelle.

assentiment des deux plus proches parents paternels.

Il n'y a qu'un cas spécial où nous trouvons l'intervention de la famille dans l'exercice de la puissance paternelle : c'est au titre du divorce, article 302 du Code civil, et, en cas de séparation des deux époux, articles 267 et 302 Code civ. Les articles sont ainsi conçus :

Article 267 : « L'administration provisoire
« des enfants restera au mari demandeur ou
« défendeur en divorce, à moins qu'il ne soit
« autrement ordonné par le tribunal sur la
« demande soit de la mère, soit de la famille,
« ou du ministère public, pour le plus grand
« avantage des enfants. »

Article 302 : « Les enfants seront confiés à
« l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que
« le tribunal, sur la demande de la famille ou
« du ministère public, n'ordonne, pour le plus
« grand avantage des enfants, que tous ou
« quelques-uns seront confiés aux soins, soit
« de l'autre époux, soit d'une tierce personne. »

Les auteurs et la jurisprudence s'accordent à admettre que l'expression employée par le législateur dans les articles 267 et 302 doit être prise, non dans le sens de l'article 491 Code civ., qui, parlant des personnes pouvant provoquer l'interdiction, cite en premier lieu les parents, sans qu'il s'agisse alors du conseil de famille;

mais qu'il s'agit bien, dans l'hypothèse que nous traitons en ce moment, d'un conseil de famille proprement dit, soumis aux mêmes règles de fond et de forme, quant à sa composition et à ses délibérations, que les autres conseils de famille, c'est-à-dire à celles établies par les articles 407 et suivants.

Cette intervention n'est que passagère ; car, une fois les enfants placés par le tribunal, en quelques mains que ce soit, il n'a plus le droit de contrôler l'administration, et, en fait, ces articles ne sont presque jamais appliqués, et jamais le conseil de famille n'est appelé à statuer sur la question de garde des enfants.

Mais que doit-on décider quand le père ou la mère survivante est investie de la tutelle ? Le conseil de famille peut-il alors intervenir dans le mode d'éducation que le père ou la mère survivante donne à ses enfants, et peut-il indiquer le genre d'instruction qui devra être suivi ?

La jurisprudence a varié sur la solution à donner à cette question. On a d'abord soutenu que, dès qu'il y avait réclamation d'un membre du conseil de famille contre le genre d'éducation suivi à l'égard du mineur, le conseil de famille avait un droit d'intervention dans l'éducation des enfants, soit que la tutelle fût conférée à la mère, soit qu'elle le fût à un parent ou à un étranger. Le conseil, disait-on, dans le premier

cas, remplace la sollicitude de l'époux prédécédé, sans qu'on ait à craindre l'esprit de tracasserie ; car, s'il pouvait, à la rigueur, se trouver dans un ou deux membres du conseil, il ne pourrait se rencontrer dans les six membres dont se compose au moins tout conseil de famille, et se trouvant de plus sous l'autorité et le contrôle du Juge de paix. Dans le second cas, où la tutelle était déférée à un parent ou à un étranger, l'intervention du conseil de famille était encore à plus forte raison nécessaire. (En ce sens : Colmar, 29 août 1822.)

La jurisprudence est revenue sur sa première décision : c'était, en effet, faire une confusion entre les qualités de père et de tuteur, de mère et de tutrice. Le droit de garde et d'éducation du mineur n'est que de la nature du pouvoir tutélaire, et non pas de son essence ; il peut donc être séparé de l'administration des biens du mineur. Et, lorsque la tutelle existe concurremment avec la puissance paternelle, ce qui arrive lorsque le survivant des père et mère s'est fait excuser, les pouvoirs de la tutelle se partagent entre le père ou la mère et le tuteur. Au père et à la mère reviennent les droits d'éducation, de correction et d'émancipation ; au tuteur, l'administration des biens du mineur, à moins que les tribunaux n'aient prononcé contre le père ou la mère la déchéance de la puissance paternelle.

(En ce sens : Req., 3 mars 1856, D. P. 56. 1. 290); — 15 mars 1864, D. P. 64. 1. 301 ¹.)

Le conseil de famille n'a donc pas le droit d'exercer un contrôle sur le droit de garde et d'éducation du père ou de la mère investie de la tutelle légale. Car le père ou la mère tiennent ce droit, non pas de la tutelle légale dont ils sont investis, mais de la puissance paternelle qui leur appartient également, et dans l'exercice de laquelle ils ne peuvent avoir à subir aucune restriction. Du reste, c'est bien là l'esprit de l'article 454, qui, en accordant au conseil le droit de régler la dépense du mineur, fait une exception en faveur des père et mère ; en s'en rapportant à leur sagesse et à leur affection sur ce point, le législateur a bien montré qu'il entendait exclure en cette matière toute intervention, même indirecte, du conseil de famille ².

Le conseil de famille ne pouvant pas s'ingérer dans l'exercice du droit d'éducation, qui ne se rattache pas à la tutelle, ne sera pas admis à intervenir dans l'éducation de l'enfant lorsque la mère qui aura convolé se sera fait maintenir dans la tutelle, ou lorsque la tutelle dative lui aura été dévolue après avoir été déchue de la

1. AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 112, p. 435, note 7. — HUC, T. III, n° 370.

2. DEMOLOMBE, T. VI, n° 381 et suiv. — AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 111, p. 435, note 8. — LAURENT, T. V, n° 3. — BAUDRY-LACANTINERIE, T. I^{er}, n° 1055.

tutelle légale pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille, préalablement à son second mariage ¹.

II.

Nous avons dit que, comme conséquences et accessoires des droits sur la personne des enfants, la puissance paternelle comprenait des droits sur leurs biens : la jouissance des biens des enfants jusqu'à ce que ceux-ci aient atteint l'âge de dix-huit ans, et l'administration de tous leurs biens, même de ceux dont la jouissance leur a été réservée par l'acte qui les leur a transmis : donation ou testament.

Nous devons rechercher ici si le conseil de famille est chargé d'exercer l'autorité tutélaire sur cette administration légale, ou s'il doit en être écarté.

Cette question a donné lieu à de nombreuses controverses que nous examinerons rapidement; car, quelle que soit la solution à laquelle nous nous arrêterons, il faut bien dire que nous nous occupons en ce moment d'une hypothèse qui se rencontre bien peu fréquemment dans la réalité. Ordinairement, en effet, les biens que peut pos-

1. En ce sens : Grenoble, 11 août 1854 (D. P., 55. 2. 91, et sur pourvoi) : Req., 5 mars 1855 (D. P., 55. 1. 341); — Req., 5 mai 1855, (D. P. 55. 1. 341); — Req., 5 mai 1856 (D. P. 56. 1. 241).

séder l'enfant mineur du vivant de ses père et mère sont peu considérables et de minime importance ; et, le plus souvent, ce n'est qu'après le décès de leur père ou de leur mère que les enfants voient naître leur fortune.

Lorsque l'on examine cette matière, il semble bien, à première vue, que le conseil de famille n'a aucun rôle à y jouer. En effet, l'article 390 Code civ. nous dit que la tutelle ne commence qu'après la dissolution du mariage ; or, puisqu'il n'y a pas tutelle pendant le mariage, mais administration légale, il semble logique, à première vue, que l'on doive écarter les règles de la tutelle de l'administration légale, et décider qu'il n'y aura ni subrogé tuteur, ni hypothèque légale, ni conseil de famille pendant cette période.

Le Code civil ne contient qu'un seul texte ayant trait à l'administration des biens des enfants mineurs par le père pendant le mariage ; c'est l'article 389, qui est ainsi conçu :

« Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs.

« Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance, et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit. »

Si l'on consulte les travaux préparatoires du

Code civil, on voit qu'au moment où le projet du titre X du livre I^{er} fut communiqué officiellement au Tribunat, il ne comprenait aucune disposition relative à l'administration des biens des enfants mineurs pendant le mariage. Le Tribunat remarqua cette omission, et demanda qu'elle fût réparée en ces termes : « La section
« pense que l'article 1^{er} de ce chapitre doit exprimer en termes précis quelle est, durant le
« mariage, la qualité du père, par rapport aux
« biens personnels de ses enfants mineurs, soit
« pour ce qui concerne la propriété de ces biens
« seulement, s'il a le droit à la jouissance, soit
« pour ce qui concerne la jouissance et la propriété, si l'une et l'autre appartiennent à ses
« enfants. Jamais, jusqu'à ce jour, le père ne
« fut qualifié tuteur de ses enfants avant la dissolution du mariage. Si, pendant que le
« mariage existe, la loi n'admettait aucune différence entre le père et le tuteur proprement
« dit, il faudrait que le père fût, par rapport aux
« biens de ses enfants, assujéti durant le
« mariage à toutes les conditions et charges que
« la loi impose au tuteur. Il faudrait que le père
« fût sous la surveillance d'un subrogé tuteur
« et sous la dépendance d'un conseil de famille,
« ce qui répugne à tous les principes constamment reçus. Il paraît évident que, jusqu'à la
« dissolution du mariage, le seul titre que le

« père puisse avoir est celui d'administrateur. »

Pour combler cette lacune, on adopta la disposition suivante :

« Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs.

« Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance, et, quant à la propriété seulement, de ceux de ces biens dont la loi lui donne l'usufruit.

« Tout ce qui concerne la propriété des biens sera réglé par la section VIII du présent titre ¹. »

Les deux premiers paragraphes de cette disposition ont été conservés, et sont devenus l'article 389 Code civ.; quant au paragraphe additionnel, disant que « tout ce qui concerne la propriété des biens sera réglé par la section VIII du présent titre », il s'est trouvé supprimé sans que les procès-verbaux ni les discours des commissaires au Corps législatif puissent expliquer cette suppression. Si cette disposition avait été maintenue, il n'y aurait pas eu de doute sur l'interprétation de l'article 389, et il n'y aurait pas eu lieu aux différents systèmes que nous allons exposer ; car il n'aurait pas été, alors, douteux que le père n'aurait pu

1. LOCRÉ, *Lég. civ.* t. VII, p. 215.

faire que les actes permis au tuteur, et que, dans le cas où de tels actes auraient été nécessaires, il aurait été obligé de se faire autoriser dans les formes imposées au tuteur. En effet, la section VIII est justement la section qui soumet les actes du tuteur, dans certains cas, à l'autorisation du conseil de famille et même à l'homologation du tribunal.

Les différents systèmes que nous allons analyser ont tous pour but de chercher à expliquer cette suppression.

Nous examinerons d'abord deux premiers systèmes tout à fait opposés : le premier assimile d'une manière absolue l'administration légale à la tutelle, et le second, tout à fait opposé, repousse l'assimilation admise par le premier système, refuse d'appliquer à l'administration légale les dispositions que la loi a édictées pour la tutelle, et donne au père, administrateur légal, les pouvoirs les plus étendus, même ceux de disposition sans aucune autorisation et sans aucun contrôle.

Nous repousserons également l'un et l'autre de ces deux systèmes. Le premier peut invoquer, outre les travaux préparatoires, l'analogie qui existe entre l'administration légale et la tutelle, et peut dire que la place qu'occupe l'article 389 au titre de la tutelle fait bien présumer que la pensée du législateur était d'assimiler l'admi-

nistration légale à la tutelle, et que d'ailleurs il ne pourrait du reste s'expliquer la raison pour laquelle on ferait au père une situation supérieure, pendant le mariage, à celle qu'il aurait après la dissolution du mariage, une fois qu'il serait tuteur.

A cela, nous répondrons que les partisans de ce système sont forcés d'admettre leur doctrine dans toutes ses conséquences. Le père, pendant le mariage, serait donc forcé de subir la surveillance d'un subrogé tuteur, le contrôle d'un conseil de famille, et verrait ses biens grevés d'une hypothèque légale : ce sont là des conséquences que l'on ne peut admettre. Quant à la place qu'occupe l'article 389 dans le titre de la tutelle, elle s'explique par l'oubli que l'on avait commis en omettant de parler de l'administration légale, et par le plan qu'ont suivi les rédacteurs, traitant d'abord du cas où le mineur a ses pères et mères pour examiner ensuite celui où il a perdu l'un d'eux et enfin l'un et l'autre. La qualité et le titre d'administrateur légal que le législateur a donné au père, fait bien voir qu'il n'a jamais entendu assimiler ce dernier au tuteur.

Le second système est celui de M. Zachariæ ¹ ; il s'exprime ainsi : « Enfin, le droit du père

1. ZACHARIÆ, éd. Massé et Vergé, t. 1^{er}, p. 406.

« d'administrer la fortune de l'enfant et de le
« représenter dans tous les actes de la vie civile,
« doit être, sauf les exceptions expressément
« déterminées par la loi, considéré comme
« illimité. »

Nous devons repousser également ce second système : bien qu'administrateur légal, le père n'en est pas moins un administrateur. Le seul cas où, avec ce système, serait limité le droit d'administration du père est celui prévu par l'article 13 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation publique ; dans tous les autres cas, le père pourrait faire tous les actes sous sa responsabilité personnelle, car aucune autre loi ne restreint son pouvoir. Mais, si on remarque l'article 13 de la loi du 3 mai 1841, on s'aperçoit que cet article, loin d'être une restriction, a plutôt pour but de faciliter l'acceptation des offres faites par l'administration.

M. Valette enseigne une théorie intermédiaire.

Il n'admet pas l'assimilation que fait le premier système du père administrateur légal au tuteur ; il le soustrait aux dispositions exceptionnelles que la loi a établies pour la tutelle, telles que l'hypothèque légale et la surveillance du subrogé tuteur. Mais, néanmoins, il l'assimile au tuteur en ce qui concerne l'administration. Comme le tuteur, M. Valette place le père sous

le contrôle du conseil de famille, qui peut le destituer : il ne peut faire seul que les actes que le tuteur peut faire seul ; mais, pour tous les autres actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal seraient nécessaires, le père administrateur légal devra s'y conformer.

Ce système, comme le premier système que nous avons déjà repoussé, invoque l'assimilation du père administrateur légal et la place de l'article 389 au titre de la tutelle. Nous le rejetterons du reste pour les mêmes raisons que le premier ; de plus, nous ajouterons que nous ne voyons pas bien pour quel motif M. Valette écarte de son système l'hypothèque légale et la surveillance du subrogé tuteur, et conserve le contrôle du conseil de famille, qui est une mesure tout aussi exceptionnelle. Du reste, le père de famille est qualifié par le législateur administrateur légal et non tuteur : son titre est différent, ses pouvoirs et ses droits ne peuvent être les mêmes.

Ce qui montre bien que cette assimilation n'a jamais été le but du législateur, ce sont les paroles du tribun Leroy, qui fut chargé de présenter au Corps législatif le projet adopté par le Tribunat : « La tutelle, dit-il, est le pouvoir
« donné par la loi à un citoyen pour défendre
« celui à qui la faiblesse de son âge ne permet

« pas de se défendre lui-même. La nature a fait
« les parents les plus sûrs défenseurs de leurs
« enfants; la mission du législateur se borne
« donc à les suppléer, etc. » Et plus loin : « La
« tutelle commence au décès du père ou de la
« mère; car alors, en perdant un de ses pro-
« tecteurs naturels, l'enfant réclame une pro-
« tection plus spéciale de la loi. »

M. Laurent¹ n'admet pas que, pour déterminer les pouvoirs de l'administrateur légal, l'on recoure aux règles de la tutelle. Il fonde son système sur le titre d'administrateur donné au père; il divise les pouvoirs du père, administrateur légal, en deux classes : dans une première classe, il place les actes qui ne sont, par leur nature, que des actes de pure administration, que le père pourra faire seul; dans une seconde classe, il range tous les autres actes que le père ne pourra faire qu'avec l'autorisation des tribunaux. En un mot, M. Laurent applique l'article 1549 du Code civil à l'administration légale, et l'assimile à l'administration des biens dotaux au lieu de l'assimiler à la tutelle.

A ce système, qui aboutit à soustraire l'administrateur légal aux règles de la tutelle, on peut objecter la place même où est écrit l'article 389.

Il ne nous reste plus qu'un système à examiner

1. LAURENT, t. iv, n° 304 et suiv., et n° 314.

avant d'arriver au système de M. Marcadé, qui a été consacré par la jurisprudence : c'est la doctrine enseignée par M. Demolombe.

Ce jurisconsulte base son système sur la différence de titre donné par la loi au père et au tuteur : le père n'est pas tuteur, mais administrateur ; ses pouvoirs doivent donc être différents de ceux du tuteur. Il cite, à l'appui de cette doctrine, les paroles de l'orateur du Conseil d'État que nous avons rapportées *supra*, et rappelle que le Tribunat a proposé la disposition devenue l'article 389 pour soustraire le père administrateur légal à la surveillance du conseil de famille. Il admet que le père peut faire seul les actes que le tuteur peut faire soit seul, soit avec l'autorisation du conseil de famille ; mais, quant aux actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, le père ne pourra de même les faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Pour M. Demolombe, en effet, il est tout naturel de consulter la famille pour ces sortes d'actes ; sans cela, la justice ne pourrait donner une autorisation éclairée. Il rappelle alors la disposition proposée par le Tribunat : « Tout ce qui intéresse la propriété des biens sera réglé par les dispositions de la section VIII, » en faisant remarquer que rien n'indique que, lorsqu'on a fait cette sup-

pression, on ait voulu écarter d'une façon absolue l'intervention du conseil de famille ; mais que le législateur l'a bien plutôt supprimée, guidé par la crainte qu'on ne lui donnât une interprétation trop large, qui, en assimilant l'administrateur légal au tuteur eût annulé les paragraphes précédents, et eût soumis le père au même contrôle que le tuteur, ce qu'on voulait éviter. De plus, M. Demolombe ajoute que les articles 454, 457, 459, 461, 465, 467, 468, 817, 838, 2126 du Code civil et 953, 954 du Code de procédure civile, qui déterminent les conditions et les formalités nécessaires pour l'aliénation des biens des mineurs, sont conçus en termes généraux et, quelle que soit la puissance sous laquelle est le mineur, imposent les mêmes formes à ces aliénations.

Nous arrivons enfin au système suivi par la jurisprudence, que nous adopterons également, et qui n'est que la consécration de la doctrine enseignée par M. Marcadé ¹.

M. Marcadé, après avoir rappelé la déclaration du Tribunat, ajoute : « La solution de cette question, nous paraît se trouver dans cette idée du législateur, que l'amour, la prudence, la prévoyance des père et mère, réunis et se consultant l'un l'autre sur les intérêts de leur enfant

1. MARCADÉ, T. II, p. 163, article 389.

commun, remplacent suffisamment la protection que l'enfant soumis à la tutelle peut trouver dans une assemblée composée de parents éloignés ou même d'étrangers ; aux yeux de la loi, l'administrateur légal, à cause des conditions favorables dans lesquelles l'enfant se trouve placé, mérite autant de confiance qu'un simple tuteur autorisé par la famille. Donc les actes qu'un tuteur pourrait faire avec la seule autorisation du conseil de famille et sans l'homologation du tribunal, l'administrateur légal pourra les faire seul. Seul, il pourra accepter ou répudier les successions échues à son enfant, les donations qui lui seraient faites, intenter ses actions immobilières, ou y acquiescer ou provoquer un partage en son nom.

Mais, dans tous les cas où l'autorisation du conseil de famille est elle-même insuffisante et où la justice doit intervenir, il est clair que l'homologation du tribunal sera nécessaire à l'administrateur légal comme elle le serait au tuteur. Ainsi, pour emprunter au nom du mineur, pour aliéner ou hypothéquer ses immeubles et pour transiger, il lui faudrait recourir à cette formalité. En un mot, l'administrateur légal, puisqu'il n'est pas soumis à un conseil de famille, et que la loi lui accorde la même confiance qu'à ce conseil, aura les mêmes droits qu'un tuteur autorisé par le conseil de famille. Il devra aussi,

bien entendu, suivre les mêmes formes. (En ce sens : Pau, 3 juin 1867, D. P. 68. 1. 29 ; — Marseille, 12 décembre 1864, D. P. 67. 3. 49 ; — Paris, 30 avril 1867, Droit du 5 mai 1867 ; — Tribunal civil de la Seine, 8 octobre 1870, Droit, année 1870 ; — Paris, 19 décembre 1878, Droit du 17 avril 1879 ; — Tribunal de la Seine, 27 avril 1882, Droit, 15 août 1882.)

Nous préférons ce système à celui professé par M. Demolombe ; nous remarquerons, en effet, que ce n'est que dans la matière de la tutelle officieuse que le Code emploie l'expression de pupille, et que, dans une foule de textes, le Code parle des mineurs, alors qu'il ne s'agit uniquement que des mineurs en tutelle, même dans les cas où on admet que les dispositions établies ne s'appliquent pas à l'administration légale.

De plus, si, d'après l'article 953 du Code de procédure civile, qui est ainsi conçu : « La vente
« des immeubles appartenant à des mineurs ne
« pourra être ordonnée que d'après un avis des
« parents énonçant la nature des biens et leur
« valeur approximative », le père administra-
teur légal ne peut pas aliéner sans l'avis du
conseil de famille précédant l'autorisation du
tribunal, pourquoi ne pas lui appliquer pour la
même raison les articles 459 Code civil et 962
Code procédure civile, disant que « le subrogé

tuteur du mineur sera appelé à la vente », articles qui ne sont que la suite des articles précédents, et conçus dans des termes aussi généraux ? Cela nous reconduirait alors à la théorie de l'assimilation, que M. Demolombe a combattue comme nous.

CHAPITRE II.

ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE AU MOMENT DE LA MORT DE L'UN DES ÉPOUX.

Observations générales.

Nous allons examiner brièvement quand il y a lieu à tutelle.

Tout d'abord, il y a deux sortes de tutelles : les tutelles générales ou ordinaires et les tutelles établies pour un acte particulier. (Le tuteur, dans ce dernier cas, porte le nom de tuteur *ad hoc*.)

Les tutelles générales ou ordinaires se divisent elles-mêmes en tutelles de mineur et tutelles d'interdits.

Nous étudierons d'abord les tutelles des mineurs, et nous traiterons ensuite, dans un chapitre spécial, des tutelles des interdits.

Les tutelles des mineurs comprennent :

1° La tutelle du survivant des père et mère,
2° la tutelle testamentaire, 3° la tutelle légitime des ascendants, 4° la tutelle déférée par le conseil de famille.

§ 1^{er}.

TUTELLE DU SURVIVANT DES PÈRE ET MÈRE

La tutelle du survivant des père et mère ne s'ouvre que par la mort naturelle de l'un des père et mère du mineur.

Tant que le père et la mère sont tous les deux vivants, il y a lieu à l'administration légale, à moins que tous les deux ne soient déchus de la puissance paternelle, et, en ce cas, il y a lieu à la tutelle dative. Ni le divorce prononcé entre le père et la mère, ni la déchéance paternelle encourue par le père seul ne suffisent pour donner ouverture à la tutelle, tant que le père et la mère sont tous les deux vivants.

Une fois l'un des époux mort, le conseil de famille se réunit afin d'organiser la tutelle des enfants mineurs.

Dans ce cas, le conseil de famille n'a pas à nommer le tuteur, car le survivant des père et mère est de plein droit tuteur. (Art. 390 Code civ.)

Les articles 390 et 394 du Code civil interdisent au père survivant le droit de refuser la tutelle légale de ses enfants mineurs, sauf dans le cas particulier prévu par l'article 427 du Code civil, qui, du reste, ne peut se présenter que très rarement. Il n'en est pas de même de la mère

survivante ; elle peut toujours refuser la tutelle. Dans ce cas, le conseil de famille doit alors nommer lui-même le tuteur. (Art. 394.) Mais presque tous les auteurs reconnaissent qu'une fois la tutelle acceptée par elle, la mère survivante ne peut plus s'en décharger. (Argm. *a contrario*, tiré de l'article 394 ¹.)

Le père, lorsque c'est la mère qui survit, peut limiter la tutelle de sa femme et lui donner un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte, ou aucun de ceux spécifiés par le père. (Art. 391.) Mais ce conseil toutefois ne peut être nommé que pour les actes concernant l'administration des biens du mineur, et non pas pour ceux relatifs à sa personne ; car ils dérivent pour la mère de la puissance paternelle qu'elle a sur l'enfant, et le père ne pourrait y porter atteinte. Ce conseil ne relèvera pas du conseil de famille ; mais il n'empêchera pas la mère d'y être toujours soumise, et elle sera obligée d'obtenir quand bien même son autorisation dans tous les cas où un tuteur ne peut agir seul.

Aux termes de l'article 395 Code civ., la mère

1. En ce sens : MM. DURANTON, T. III, n° 423 ; — VALETTE sur Prudhon, T. II, p. 289 ; — DEMOLOMBE, T. VII, n° 111 ; — DEMANTE, T. III, n° 143 *bis* ; — AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 499 *bis*, p. 401., note 2.

Contra : MM. LAURENT, T. IV, n° 396 ; — BAUDRY-LACANTINIERE, T. I^{er}, n° 1005 ; — HUC, T. III, n° 273.

tutrice qui se remarie doit convoquer le conseil de famille avant l'acte de mariage, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée : cette disposition est d'ordre public et prise dans l'intérêt du mineur. Le conseil de famille peut alors ou lui conserver la tutelle ou la lui enlever; s'il la maintient dans la tutelle, il doit nécessairement lui donner comme cotuteur le second mari, ou bien si, au contraire, il la lui enlève, il doit nommer un autre tuteur. (Art. 396.)

Lorsque le conseil de famille maintient la mère remariée dans la tutelle, il ne peut limiter ses pouvoirs, ni lui imposer certaines conditions d'administration que la loi n'impose pas elle-même au tuteur légal; car la mère, dans ce cas, reste toujours tutrice légale. En effet, l'article 396 emploie le mot conserve, non sans intention; du reste, comme nous l'avons dit, les règles de la tutelle sont d'ordre public; seuls, les articles 391 et 507 Code civil permettent de modifier les pouvoirs du tuteur dans deux cas exceptionnels. (En ce sens : Caen, 30 décembre 1845, D. P. 46, 4, 501.)

Enfin, la mère qui n'a pas convoqué le conseil de famille avant de se remarier perd de plein droit le bénéfice de la tutelle légale. (Art. 395.)

§ 2

TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LES PÈRE ET MÈRE OU TUTELLE TESTAMENTAIRE.

L'article 397 Code civil permet au dernier mourant des père et mère de désigner un tuteur pour lui succéder, par acte de dernière volonté.

Lorsque le dernier mourant des père et mère, investi de la tutelle légale, nomme un tuteur testamentaire, le choix qu'il a fait n'est pas soumis à la confirmation du conseil de famille.

Mais toutefois, comme la mère remariée et maintenue dans la tutelle par le conseil de famille, n'a pas cessé d'être tutrice légale, et que, cependant, il a fallu une délibération du conseil de famille pour lui conserver cette qualité, elle a le droit de nommer un tuteur testamentaire ; mais le choix qu'elle aura fait devra être confirmé par le conseil de famille : elle est, en effet, à la fois et tutrice légale et tutrice dative.

§ 3

TUTELLE LÉGITIME DES ASCENDANTS.

Lorsque le dernier mourant des père et mère est décédé sans avoir institué un tuteur testa-

mentaire, alors s'ouvre la tutelle des ascendants. Ce sont les articles 402, 403 et 404 qui règlent l'ordre de la dévolution de cette tutelle.

Elle est déférée par la loi en tenant compte du degré d'abord, et ensuite de la ligne : l'ascendant paternel est appelé à l'exclusion de l'ascendant maternel du même degré. Quand le pupille a un aïeul et un bisaïeul, c'est l'aïeul qui est tuteur par priorité de degré ; s'il a deux aïeuls, le père de son père et le père de sa mère, le premier l'emporte, vu la génération par les mâles. Il en est de même s'il existe un seul des deux bisaïeuls paternels, puis, en même temps, un des deux ou les deux bisaïeuls maternels : le premier serait tuteur. Il en serait de même encore entre les deux bisaïeuls paternels ; car, deux bisaïeuls paternels étant l'un le père du père du mineur, et l'autre le père de la mère de son père, il y a entre le premier et le mineur une génération continue par mâles qui n'existe pas pour le second, et qui donne la préférence à celui-là.

Enfin, aux termes de l'article 404, lorsqu'il n'y a plus lieu de s'occuper de la génération par mâles, et qu'il y a deux bisaïeuls maternels, la loi, tout en attribuant à l'un d'eux la tutelle, ne peut choisir entre eux deux, et laisse au conseil de famille le soin de nommer le tuteur ; mais il ne peut exercer son choix qu'entre ces deux

ascendants. Il faut bien remarquer ici que, bien que la nomination du tuteur ait été faite dans ce cas par le conseil de famille, la tutelle n'en n'est pas moins pour cela légale et non pas dative ; car c'est la loi qui, en somme, défère la tutelle à l'un des ascendants maternels.

§ 4

TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE CONSEIL DE FAMILLE.

I

Nomination du tuteur.

L'article 405 dit : « Lorsqu'un mineur restera
« sans père ni mère, ni tuteur élu par ses père et
« mère, comme aussi le tuteur de l'une des
« qualités ci-dessus exprimées (désigné par
« la loi ou par les père et mère) se trouvera ou
« dans le cas des exclusions ci-après ou valable-
« ment excusé, il sera pourvu par un conseil
« de famille à la nomination du tuteur ». Cette
tutelle se nomme dative.

En vertu de cet article, le conseil de famille nomme le tuteur :

1^o Lorsqu'un enfant mineur reste sans père ni mère, que le dernier mourant n'a pas choisi

de tuteur testamentaire, et qu'il n'existe pas d'ascendants mâles ;

2° Lorsque, pendant le mariage, le père est déchu de la puissance paternelle, et que le tribunal refuse d'attribuer la puissance paternelle à la mère, et décide qu'il y a lieu de constituer la tutelle dans les termes du droit commun (Loi du 24 juillet 1889, art. 1, 2 et 10) ;

3° Lorsque la mère survivante refuse la tutelle, ou lorsque le père survivant est excusé ;

4° Lorsque le survivant des père et mère est exclu ou destitué, ou qu'il est déchu de la puissance paternelle, et que le tribunal ordonne la constitution de la tutelle dans les termes du droit commun (loi du 24 juillet 1889, art. 1, 2, 8 et 10) ;

5° Lorsque la veuve qui se remarie ne convoque pas le conseil de famille ou qu'elle n'est pas maintenue dans la tutelle ;

6° Lorsque le tuteur testamentaire est excusé, exclu ou destitué ou qu'il décède pendant sa gestion ;

7° Lorsque l'ascendant appelé à la tutelle légale est excusé, exclu ou destitué ou qu'il est décédé pendant sa gestion, et qu'il n'existe pas d'autre ascendant appelé à la tutelle, sauf controverse sur ce dernier point, ou lorsque l'ascendant tuteur est déchu de la puissance paternelle, et que le tribunal ordonne la constitution de la

tutelle dans les termes du droit commun (loi du 24 juillet 1889, art. 1, 2, 3 et 10) ;

8° Aux termes de l'article 142 ¹, en cas de présomption d'absence, si la mère est décédée ou vient à décéder avant la déclaration d'absence du père, le conseil de famille doit déférer la surveillance aux ascendants les plus proches et, à leur défaut, à un tuteur provisoire ;

9° Lorsque le tuteur doit être remplacé pour une cause quelconque. (Art. 405 Cod. civ.)

Lorsque le conseil de famille nomme le tuteur, il n'est pas obligé de le prendre parmi les membres qui le composent ; car il peut arriver, chose du reste qui ne se rencontre pas fréquemment, que tous les membres du conseil aient chacun une cause de dispense. Cette faculté résulte des travaux préparatoires ; en effet,

1. L'article 142 suppose le père disparu et la mère décédée ; il en serait de même si l'inverse avait lieu. La mesure que prend ainsi le conseil de famille ne peut être prise que six mois depuis la disparition du père. On attend six mois pour que la présomption d'absence soit suffisamment établie ; et, si le conseil de famille confie la surveillance des enfants aux ascendants et, à leur défaut, à un tuteur provisoire, c'est dans le but de conserver au père sa qualité de tuteur légal. Ce sont les principes qui ont inspiré le législateur dans l'établissement des règles sur la présomption d'absence qui doivent être appliquées ici. Le père est présumé vivant jusqu'à la déclaration d'absence ; aussi, pendant cette période, s'il y a des ascendants, ils ne seront pas tuteurs pendant si peu de temps ; car le père peut revenir d'un moment à l'autre, et, s'il n'y a pas d'ascendants, il y aura néanmoins une tutelle, mais une tutelle simplement provisoire : ce n'est qu'à la période où la mort de l'absent sera présumée, c'est-à-dire à la période de la déclaration d'absence, que la tutelle sera définitive.

lors de la confection de la loi, un article du projet donnait le droit de refuser la tutelle à toute personne ne faisant pas partie du conseil de famille : cet article fut rejeté, ce qui prouve bien qu'un tel choix peut être validé.

Mais, dans ce cas, s'il y a fraude et si les membres du conseil de famille s'entendent ensemble pour se soustraire tous aux charges de la tutelle en nommant frauduleusement un tuteur en dehors du conseil, leur délibération pourra être annulée. (En ce sens : Req. 1^{er} février 1825.)

En droit romain ¹, il pouvait y avoir plusieurs tuteurs tous responsables.

Dans notre ancien droit ², les anciennes coutumes admettaient généralement deux tuteurs : l'un à la personne, qui portait le titre de tuteur honoraire ; l'autre aux biens, qu'on nommait onéraire.

Notre conseil de famille, qui doit nommer le tuteur, peut-il aussi, sous le Code civil, en nommer plusieurs ?

1. L. 3, § 2 au Dig. liv. xxvi, titre vii : « Nec quisquam putet, ad hos periculum nullum redundare : constat enim, hos quoque, excussis prius facultatibus ejus qui gesserit, conveniri oportere : dati sunt enim quasi observatores actus ejus et custodes ; imputatibusque eis quandoque, cur si male eum conservari videbant, suspectum non fecerunt. Assidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet et sollicite curare qualiter conversatur.

2. MESLÉ, *Des tutelles*, 1^{re} partie, chap. vii, p. 96.

Sur cette question, la jurisprudence a varié ; elle a d'abord décidé, avec la presque unanimité des auteurs, que la pensée du législateur, d'après les textes, semblait bien être qu'il n'y ait qu'un seul tuteur, cela ressort des articles 390, 397, 402, 404 et 405, qui ne parlent jamais que de choisir un tuteur.

Les travaux préparatoires paraissent décisifs en ce sens. Les auteurs du Code civil ont prévu, dans les articles 417, 454, les cas où le mineur posséderait de grandes manufactures ou de grandes exploitations, et où le tuteur n'aurait pas les connaissances spéciales nécessaires pour gérer utilement ces manufactures ou ces exploitations. Ils autorisent, en effet, dans ce cas, le tuteur à s'adjoindre, avec l'autorisation du conseil de famille, des administrateurs salariés dont il serait responsable. En parlant du protuteur, Locré dit aussi : « En exprimant son vœu sur ce point, la section pensait que les autres dispositions de la loi feraient assez connaître que le mineur ne peut avoir qu'un seul tuteur dans les départements continentaux de la France ¹. »

De plus, on ajoute qu'au point de vue pratique, cela créerait des difficultés nuisibles aux intérêts du mineur et à ceux de l'État. Au mineur,

1. LOCRÉ, *Lég. civ.*, T. VII, p. 220.

car l'unité de direction et d'action offre un avantage beaucoup plus grand ; à l'État, car il est intéressé à ce que le moins de propriétés possible soient frappées d'hypothèque légale. De plus, il pourrait survenir des divisions entre les tuteurs, qui pourraient mettre les intérêts du mineur en souffrance. Il y aurait en outre, pour les tuteurs, nécessité de choisir l'un d'eux pour lui déférer uniquement l'administration, et il se trouverait peu de personnes acceptant une tutelle dans ces conditions, obligée d'être responsable des actes d'une administration qu'elle ne dirigerait pas.

D'autres difficultés s'élèveraient encore : où serait le domicile du mineur ? Devant quel tribunal diriger les actions contre lui ? (Dans le sens de cette théorie : Rouen, 8 mai 1840, Dijon, 24 mai 1862, D. P., 62, 2, 121 ¹.)

Néanmoins, la jurisprudence, suivant la théorie de M. Duranton (t. III, p. 437), revenant sur ses premières décisions, a jugé que le conseil de famille pouvait nommer deux tuteurs : un chargé de gouverner la personne du mineur, un autre chargé d'administrer les biens. Ce système invoque le droit romain et l'ancien droit, qui avaient toujours permis la nomination de plusieurs tuteurs. Du reste, ajoute-t-il, le Code

1. Dans le même sens : MM. DEMOLOMBE, t. VII, p. 221 et suiv. ; — AUBRY et RAU, t. I^{er}, § 89, p. 370, note 7 ; — LAURENT, t. IV, n° 369.

civil ne contient aucun texte prohibant cette mesure, et, dans le silence de la loi, c'est aux tribunaux de décider ce qui doit être le plus profitable aux intérêts du mineur, qui, bien souvent, exigent cette division. Quant aux travaux préparatoires, il se peut fort bien que l'on puisse induire de l'article 10 du Code civil qu'il a été dans la pensée du législateur de placer, sauf des exceptions déterminées, les biens du mineur sous le régime d'une administration unique; mais rien n'implique une prohibition de séparer cette administration de celle de la personne et de nommer deux tuteurs différents : un chargé de la personne du mineur, et un autre de ses biens. En agissant ainsi, toutes les difficultés d'administration que la première opinion a voulu soulever contre ce système tomberaient d'elles-mêmes. (En ce sens : Req., 14 décembre 1863, D. P. 64, 1, 63 ; — Rouen, 4 janvier 1883, D. P. 83, 2, 155.)

M. Hue admet ce système en principe, mais avec cette correction que ceux auxquels la tutelle est confiée dans ces conditions ne sont pas tenus de l'accepter ¹.

Enfin, le conseil de famille ne peut jamais nommer de tuteur à terme ou sous condition ².

1. Hue, t. III, n° 384.

2. DEMOLOMBE, t. VII, p. 190. — AUBRY et RAU, t. I^{er}, p. 331.

II. .

Nomination d'un protuteur.

Le conseil de famille peut décider, aux termes de l'article 454 Code civil, que « le « tuteur est autorisé à s'aider, dans sa gestion, « d'un ou plusieurs administrateurs particuliers « salariés, et gérant sous sa responsabilité. »

L'article 417 va plus loin, il dit textuellement : « Quand le mineur, domicilié en France, « possédera des biens dans les colonies ou « réciproquement, l'administration spéciale de « ces biens sera donnée à un protuteur. »

Cette disposition vient de notre ancienne législation, qui, imitant en cela le droit romain, avait adopté le système des protutelles. Avant la Révolution, la France possédait, en effet, de nombreuses colonies. Le tuteur d'un mineur demeurant en France ne pouvait surveiller à lui seul l'administration de biens si éloignés. La protutelle était alors réglée par les déclarations royales des 15 décembre 1721 et 1^{er} février 1743.

Sous l'empire de ces déclarations, le protuteur, pour les biens d'outre-mer, devait être nommé par les juges établis en ces pays, « de

l'avis des parents et amis qu'ils y auront. » ; de sorte qu'en ce cas, il y avait deux conseils de famille ; de plus, la nomination du protuteur était impérative.

Sous le Code civil, la nomination du protuteur a-t-elle gardé ce caractère, est-elle toujours impérative ? Nous répondrons affirmativement : la tradition est en ce sens ; de plus, si on consulte les travaux préparatoires, on voit que c'est bien là la pensée du législateur. En effet, le projet de l'article 417¹ portait que le tuteur pourrait faire nommer un protuteur, tandis que l'article adopté dit qu'il en sera nommé un, ce qui marque bien l'obligation imposée au conseil de famille. C'est dans ce sens que l'article a été interprété par le Tribunat¹. Nous pouvons citer en ce sens : MM. Marcadé, t. II, p. 213 ; — Zachariæ, éd. Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 384 et 385 ; — Laurent, t. IV, n° 409 ; — Baudry-Lacantinerie, t. I^{er}, n° 1029 ; — Huc, t. III, n° 355².

Sous le régime du Code civil, qui nommera le protuteur ? Cette nomination sera-t-elle faite, comme sous les déclarations royales, par les juges établis dans les colonies avec l'assistance

1. FENET, T. X, p. 657.

2. *Contra* : DEMOLOMBE, T. VII, n° 199 et suiv., qui enseigne que la protutelle n'est de rigueur que lorsqu'elle est réclamée par les personnes qui ont qualité pour le faire : le tuteur, le subrogé tuteur, et le conseil de famille.

d'un conseil de famille réuni également dans les colonies, ou bien sera-t-elle faite par le conseil de famille du domicile du mineur, qui nomme le tuteur ?

Ce sera le conseil de famille unique, réuni au domicile du mineur, soit que le mineur ait son domicile sur le territoire continental de la France, soit qu'il l'ait dans les colonies, qui aura nommé le tuteur qui procédera également à la nomination du protuteur et leur donnera, à l'un comme à l'autre, les autorisations nécessaires pour les actes subordonnés à cette condition. Il n'y aura donc qu'un seul conseil de famille qui nommera le tuteur et le protuteur et surveillera leur administration.

Cette décision résulte des travaux préparatoires. Le projet consacrait, en effet, le système des déclarations royales ¹; mais M. Tronchet fit observer qu'il pouvait très bien se présenter le cas où un mineur né en France n'aurait pas de parents dans les colonies, là où pouvaient être situés ses biens, et on décida alors que le protuteur, comme le tuteur, serait nommé par le conseil de famille du lieu où la tutelle se **serait** ouverte. Seulement, lors de la rédaction définitive, on oublia de s'expliquer sur le mode de nomination du protuteur; d'où l'on a tiré la

1. FENET, T. II, p. 71, et T. X, p. 555.

conséquence que la rédaction préparatoire devait être suivie ¹. Du reste, au point de vue pratique, ce système est celui qui protège le mieux le mineur ; car il assure l'unité de direction dans la gestion répartie entre le tuteur et le protuteur.

Bien que cette disposition soit placée sous le titre « De la tutelle déléguée par le conseil de famille », nul doute qu'elle ne soit applicable à toutes les tutelles. En effet, l'article 417 ne comporte dans son texte aucune exception, et on doit en conclure que, comme la plupart des dispositions de la section IV où il est placé, il est applicable à toutes les tutelles : tels sont les articles qui règlent la composition et la convocation du conseil de famille. En cas de tutelle légitime, on pourrait cependant objecter l'ordonnance du 1^{er} février 1743, suivie du silence du Code civil ; mais l'abrogation de cette ordonnance s'induit des motifs qui ont dicté l'article 417 et des termes dans lesquels il est conçu. (En ce sens : M. Laurent, t. IV, n° 410. — Huc, t. III, n° 325.)

III

Nomination du subrogé tuteur.

Le subrogé tuteur est un agent de surveil-

1. En ce sens : DELVINCOURT, t. 1^{er}, p. 110, note 5 ; — VALETTE sur Prudhon, t. II, p. 319 ; — DEMOLOMBE, t. VII, n° 199 et suiv. ; — HUC, t. III, n° 326.

lance qui doit agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur. (Art. 420.)

Cette institution était inconnue à Rome ¹, et, dans les pays de droit écrit, elle nous vient du droit coutumier : en rappelant ² que, « d'après d'anciens actes de tutelle », l'usage était à Paris de nommer pour la tutelle plusieurs tuteurs, Meslé ajoute : « L'usage y est présentement de nommer, outre le tuteur qui doit gérer, un subrogé tuteur qui n'a pas d'autre fonction que d'assister à l'inventaire pour y servir de contradicteur au tuteur. »

Aujourd'hui le Code civil (art. 420) dispose que : « Dans toute tutelle, il y aura un subrogé « tuteur, nommé par le conseil de famille ; ses « fonctions consisteront à agir pour les intérêts « du mineur lorsqu'ils seront en opposition avec « ceux du tuteur. »

Il faut donc un subrogé tuteur, non seulement dans la tutelle dative, mais aussi dans la tutelle du survivant des père et mère, dans la tutelle testamentaire, dans la tutelle des ascendants, dans la protutelle et dans la tutelle officieuse ³.

1. A Rome et dans les pays de droit écrit, en cas de division d'intérêts, on nommait un contradicteur ou curateur aux actions contraires dont la mission prenait fin avec le procès. (POTHIER, *Des personnes*, partie 1^{re}, titre VI, section 5, art. 2.)

2. MESLÉ, *Traité des minorités*, 1^{re} partie, p. 217.

3. En ce sens : DEMOLOMBE, T. VII, n° 356 ; — AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 103, p. 416, notes 2 et suiv. ; — LAURENT, T. IV, n° 421.

C'est le conseil de famille seul qui peut nommer le subrogé tuteur : le dernier mourant des père et mère ne le pourrait pas ; c'est une règle d'ordre public.

Le conseil de famille a, pour le choix du subrogé tuteur, la plus entière liberté et la même latitude que pour la nomination du tuteur : il peut nommer un parent, un allié ou un étranger, sauf application des règles concernant les excuses. (Article 432.) Toutefois, dans le but de rendre efficace le contrôle du subrogé tuteur, l'article 423 décide que le subrogé tuteur doit être choisi par le conseil de famille dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas, sauf le cas des frères germains.

Le principe établi par l'article 423 dans l'intérêt du mineur, pour assurer le bon contrôle de l'administration du tuteur, nous semble bien d'ordre public, et il nous paraît bien aussi que la nomination du subrogé tuteur faite en violation des règles établies par l'article 423, serait atteinte d'une nullité radicale ; c'est du reste la doctrine enseignée par MM. Aubry et Rau (t. I, § 485, p. 420, note 1), — Laurent (t. IV, n° 424), — Iluc (t. III, n° 331). Néanmoins, la jurisprudence décide que la délibération qui nomme pour subrogé tuteur un parent appartenant à la ligne du tuteur est maintenue si les intérêts du mineur ont été sauvegardés, et si cette

délibération a été prise de bonne foi. (En ce sens :
Aix, 15 novembre 1843, D. P. 45, 4, 513 ; —
Douai, 22 juillet 1856.)

CHAPITRE III.

ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE AU COURS DE LA TUTELLE.

*Des mesures que le conseil de famille doit prendre quant
à la personne des mineurs.*

Le conseil de famille doit, immédiatement après la constitution de la tutelle, fixer la somme qui devra être employée à l'entretien et à l'éducation du mineur. (Art. 454 Code civ.) C'est le devoir du tuteur d'appeler la délibération du conseil de famille sur ce point. En agissant ainsi le tuteur dégagera sa responsabilité; car, s'il n'a pas fait procéder à la fixation de la somme qu'il devra dépenser, les dépenses qu'il aurait faites pour le mineur pourraient être réduites, et il se verrait condamné à restituer les sommes indûment dépensées ¹.

En fait cependant, malgré la généralité de cette disposition, il n'arrive presque jamais que le conseil de famille fasse ce règlement, soit à

1. Cette mesure était déjà employée dans notre ancien droit. POTHIER (*des personnes*, partie I^{re}, t. vi, § 4, art. 4) nous dit que l'acte de tutelle réglait les sommes à dépenser pour l'entretien et l'éducation des mineurs.

cause de la modicité de la fortune du mineur, soit parce que souvent la tutelle est dévolue au père ou à la mère; mais, comme nous l'avons vu, l'esprit de la loi et l'intérêt propre du tuteur lui commandent de le demander au conseil.

Le règlement de la dépense personnelle, comprenant la nourriture, l'entretien, l'apprentissage professionnel du mineur, doit être basé sur la personne, la condition, le temps et l'étendue de la fortune du mineur. En principe, il convient de n'y employer que les revenus et, autant que possible, une partie seulement. Néanmoins, en cas d'insuffisance, le conseil de famille n'excéderait pas son pouvoir en autorisant le tuteur à consacrer à cet usage une partie des capitaux ou la totalité: il faut, avant tout, envisager la profession vers laquelle on doit diriger le mineur d'après ses aptitudes et ses ressources. (En ce sens: M. Demolombe, t. VII, n° 604; — Caen, 19 mai 1869, et, sur pourvoi, Req., 20 décembre 1869, D. P. 71. 1. 310; — Douai, 23 novembre 1874, D. P. 76. 2. 83; — Paris, 29 janvier 1890, D. P. 91. 2. 237.)

M. Laurent, t. V, n° 1 et suiv., pense que, si le tuteur voulait donner au mineur une éducation conforme ou même supérieure à sa situation de fortune, justifiée par ses aptitudes exceptionnelles, et que le conseil de famille s'y opposât, il devrait soumettre le conflit aux tribunaux, qui

devraient l'autoriser si l'intérêt du mineur le commandait. M. Iluc, t. III, n° 371, partage également cette opinion.

Ce règlement est toujours variable ; tant que dure la tutelle, il est sujet à augmentation ou diminution, suivant les fluctuations de la fortune et des besoins du mineur : si, par exemple, il vient à être atteint d'une maladie grave qui demande une grosse dépense.

Néanmoins, le tuteur devra justifier de l'emploi de la somme dont le chiffre a été déterminé. Mais il serait dispensé de rendre compte, si le conseil de famille avait fait avec lui un traité à forfait en le chargeant de subvenir à l'entretien et à l'éducation du mineur moyennant une somme fixe ¹.

L'obligation contenue dans l'article 454 ne s'applique pas aux père et mère ; mais on a voulu soutenir qu'il n'en était pas ainsi pour le père tuteur légal ou pour la mère tutrice légale, que seuls les père et mère, ayant la jouissance légale, en étaient dispensés, en s'appuyant sur ce que cette disposition fait suite à celle qui dispense les père et mère usufruitiers de vendre les meubles corporels appartenant au mineur. Mais cette seule remarque ne peut suffire à faire prévaloir

1. En ce sens : DEMOLOMBE, t. VII, n° 604 ; — AUBRY et RAU, t. I^{er}, § 112, p. 442 ; — Grenoble, 8 février 1866 (D. P. 67. 2. 71).

Contra : LAURENT, t. V, n° 24.

cette opinion, en présence des termes généraux de l'article 454.

Est-ce au conseil de famille ou au tuteur que reviennent les droits qui accompagnent la puissance paternelle ?

Pour répondre à cette question, nous écarterons d'abord le cas, que nous avons examiné dans le chapitre précédent, où le survivant des père et mère n'est pas tuteur pour une raison ou pour une autre, en dehors d'une circonstance exceptionnelle qui le rende incapable ou indigne. Nous avons, en effet, décidé qu'en ce cas il conservait la puissance paternelle, l'art. 372 Code civ. ne distinguant pas si le mineur est ou non en tutelle, et l'article 381 accordant le droit de correction, non pas à la mère tutrice, mais à la mère survivante.

Dans l'ancien droit, c'étaient les parents du mineur qui réglaient son éducation, son entretien, la profession qu'il devait embrasser ¹. L'article 485 de la coutume de Bretagne ordonnait qu'il serait délibéré « sur l'éducation des mineurs, tant pour l'instruction au fait des armes, lettres, qu'autres professions, selon leur qualité et quantité des biens desdits mineurs ». L'art. 29 des Placitez de Normandie permettait aux parents, mais lors de l'élection du tuteur seule-

1. ARGOU, t. 1^{er}, p. 61.

ment, de choisir le lieu et la personne qu'ils jugeraient à propos pour l'éducation des mineurs. Meslé nous dit la même chose.

Si nous consultons Pothier, il semble tout d'abord être de l'avis contraire aux autres auteurs, lorsqu'il parle des pouvoirs du tuteur sur la personne des mineurs; mais néanmoins, si on poursuit la lecture de l'article dans lequel il traite cette question, on s'aperçoit vite qu'il se range également à la doctrine des auteurs précédemment énoncés. Il s'exprime ainsi ¹ : « La
« puissance du tuteur sur la personne du mineur
« est semblable à la puissance paternelle qui a
« lieu en pays coutumier; car un tuteur tient lieu
« de père à son mineur. Un tuteur a donc le
« droit de s'en faire obéir, et de l'obliger à lui
« être soumis comme un enfant doit l'être à
« son père. Il peut le retirer chez lui, ou
« l'envoyer dans des collèges ou tels autres lieux
« qu'il jugera à propos pour son éducation. »
Et, à la fin du même article, il ajoute : « Il est
« surtout du devoir d'un tuteur, lorsque le mi-
« neur est en âge, de lui conseiller de prendre
« un état, celui qui lui conviendrait davantage
« eu égard à sa naissance, à ses facultés et, plus
« encore, à ses talents et à ses dispositions.
« Le tuteur doit sur cela consulter la famille du
« mineur. »

1. POTHIER, P. 1^{er}, T. VII, section IV, art. 1.

Il en était de même en droit romain : à Rome, le pouvoir du tuteur se rapportait surtout aux biens; l'éducation du mineur n'entraînait pas dans ses fonctions; elle était confiée à la personne à qui le père l'avait donnée dans son testament et de la manière qu'il avait indiqué. Si le père n'avait confié cette mission à personne, c'était le juge qui, après avoir consulté les parents et amis de la famille réglait cette question.

Le Code civil s'exprime ainsi dans l'art. 450 : « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils. » La place qu'occupe cet article en tête de la section qui traite de l'administration du tuteur, et dans laquelle la loi énumère tous les actes pour lesquels l'intervention du conseil de famille est nécessaire et la généralité des termes de l'article 450 semblent bien établir qu'en principe, et sauf les cas exceptionnellement prévus, c'est le tuteur, et non le conseil de famille, qui est le représentant de la puissance paternelle.

Le Code civil, au lieu donc de maintenir la théorie de l'ancien droit semble bien y déroger, expressément. C'est en effet au tuteur que l'article 450 confie le soin de la personne du mineur. Le conseil de famille n'a que le droit que lui confère l'article 454 de régler la dépense du mineur; mais cet article ne semble lui donner aucun droit au point de vue de l'éducation. En

principe, le tuteur n'est donné qu'à la personne et les biens n'en sont que l'accessoire ; il a donc pour premier devoir de choisir le genre d'éducation qu'il convient de donner au mineur, la profession vers laquelle il faut le diriger d'après ses aptitudes et ses ressources.

A cela, on ajoute que les circonstances dans lesquelles la disposition de l'article 450 a été insérée semblent bien écarter toute discussion sur sa portée. En effet, le projet de la commission communiqué aux tribunaux d'appel disait seulement que le tuteur aurait la surveillance de la personne du mineur; il s'exprimait ainsi : « le tuteur surveille le mineur. » Le tribunal d'appel de Paris fit remarquer que cette expression était impropre, et n'exprimait pas avec assez d'énergie le pouvoir du tuteur sur la personne du mineur ; et alors, dans la crainte que l'on avait de ne pas donner assez d'étendue au pouvoir du tuteur, le mot surveillance fut remplacé par une disposition plus générale, et on rédigea l'article 450, ainsi que nous l'avons vu, en ces termes : « le tuteur prendra soin de la personne du mineur. » Or, dit-on, on doit conclure de ce texte et de celui qui place le domicile du mineur chez le tuteur, que c'est à ce dernier seul qu'appartient le droit de régler ce qui concerne l'éducation de l'enfant et de fixer sa résidence. De plus, cette théorie se réclame également de

Pothier : ne dit-il pas, en effet, bien clairement, que le tuteur tient lieu de père au mineur ?

Nous avons vu comment nous pouvions interpréter cette dernière allégation, lorsque nous avons exposé le passage de Pothier où elle est contenue. Tous les textes cités plus haut se retournent au contraire contre l'opinion que nous venons d'exposer, et permettent d'établir le véritable sens de l'article 450. Le tuteur, dit Pothier, tient lieu de père au mineur ; il prend soin de sa personne dit le Code civil, cela est exact ; mais ce n'est que quand le conseil de famille n'a pris aucune disposition à cet égard que le tuteur est le maître de la personne du mineur : c'était bien là, du reste, la pensée de Pothier. C'était aussi le sens des Placitez de Normandie, qui permettaient aux parents d'abandonner complètement au tuteur le soin de la personne du pupille. C'est, en effet, la seule interprétation que l'on puisse donner de l'article 450. Toute autre interprétation est inadmissible. La disposition de cet article signifie incontestablement que le tuteur est chargé de l'exécution des mesures qui ont été indiquées pour la personne du mineur ; mais il n'y a point là concession du droit exclusif et considérable pour le tuteur de prendre seul et sans contrôle du conseil de famille les résolutions nécessaires ou qu'il croirait telles.

C'est en effet au conseil de famille qu'appartiennent les attributs de la puissance paternelle, dont le Code s'est exclusivement préoccupé au titre de la tutelle. C'est par lui qu'est exercé le droit de correction; or, le droit de correction n'est pas autre chose que la sanction du droit d'éducation. C'est le conseil de famille qui émancipe le mineur; c'est encore lui qui autorise son mariage.

La théorie contraire répond à cela, à propos du droit de correction, que le conseil de famille n'intervient que pour autoriser le tuteur à faire enfermer le mineur, mais que c'est le tuteur qui prend l'initiative et porte ses plaintes devant le conseil de famille, s'il a, lui tuteur, des sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur (art. 468), que c'est bien la sanction du droit de garde, mais de son droit de garde à lui tuteur. A cela, nous répondrons que ce n'en est pas moins le conseil de famille qui exerce ce droit; mais il le fait sur l'initiative du tuteur, qui, mieux que lui, peut s'apercevoir des fautes du mineur.

De plus, en reconnaissant au conseil de famille le droit de fixer la somme à employer pour l'éducation du mineur, l'article 454 Code civil montre bien que le législateur a eu l'intention de limiter les pouvoirs du tuteur par le conseil de famille, et qu'en édictant cette mesure

il a implicitement accordé à ce dernier le droit de prendre des dispositions relativement au but et à l'objet de cette dépense, dans le cas où les idées du tuteur à cet égard paraîtraient inopportunes. En outre, l'article 101 a bien pour objet de fixer le domicile au point de vue de la signification des actes ou de l'exercice de certains droits; mais il ne prouve pas que la garde appartienne exclusivement au tuteur.

Enfin, c'est toujours l'intérêt du mineur qui doit donner la mesure dans tous les rapports de la tutelle, et on ne doit pas le perdre de vue dans l'interprétation de la loi. Or, il y a des cas où un tuteur peut très bien, par négligence ou étroitesse de vues, ne pas savoir sauvegarder les intérêts du mineur concernant son éducation ou son entretien, sans que cependant on puisse provoquer sa destitution conformément à l'article 444 Code civil, de telle sorte que ce texte pourrait ne pas fournir une protection suffisante au mineur. Alors, en adoptant notre théorie, le conseil de famille pourra s'opposer avec succès aux mesures prises par le tuteur, et ses décisions seront obligatoires pour ce dernier. Nous avons vu précédemment, du reste, que le conseil de famille pouvait partager la charge de la tutelle entre un tuteur honoraire chargé du gouvernement de la personne du mineur et un tuteur onéraire chargé de l'administration des biens.

Si le conseil n'avait pas la puissance paternelle, il ne pourrait ainsi enlever complètement la surveillance du mineur à un tuteur pour la confier à une autre personne. Cette opinion est celle de la jurisprudence : Tribunal de la Seine, 22 août 1877 (Droit du 12 octobre 1877) et, tout récemment encore : Colmar, 9 juillet 1894 (D. P. 95. 2. 541).

Nous allons maintenant étudier quelles sont les attributions relatives à la personne du mineur en tutelle que le Code civil ou les lois spéciales ont expressément conférées au conseil de famille.

L'article 468 Code civil est ainsi conçu : « Le « tuteur qui aura des sujets de mécontentement « graves sur la conduite du mineur pourra « porter ses plaintes à un conseil de famille, et, « s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la « réclusion du mineur, conformément à ce qui « est statué à ce sujet au titre de la puissance « paternelle. »

Notons que l'article 468 ne distingue pas l'âge du mineur, et que le tuteur, même ainsi autorisé, ne peut agir qu'à parvoiede réquisition, en provoquant du président du tribunal civil la détention de l'enfant, car le conseil de famille n'autorise pas la détention; il autorise simplement le tuteur à la requérir de la justice. Le législateur a craint les abus d'autorité ; le tuteur

n'est pas, en effet, toujours le père ; il peut en avoir la sévérité sans la tendresse, qui en général en adoucit les effets.

En examinant attentivement la rédaction de l'article 468, et en le rapprochant de l'article 379, on reste convaincu que le tuteur, qui a besoin de l'autorisation du conseil de famille « pour provoquer la réclusion du mineur », est « toujours maître d'abréger cette détention » sans recourir à ce conseil ¹. Et, si, « après sa sortie, l'enfant « tombe dans de nouveaux écarts, la détention « pourra être de nouveau ordonnée » avec une deuxième autorisation du conseil.

Nul doute que la disposition de cet article ne s'applique au tuteur autre que le père ou la mère, et que, si le tuteur est le père, le droit de correction est régi par le titre « De la puissance paternelle », sans être amoindri par l'état de tutelle, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de recourir à l'autorisation du conseil de famille. (Grenoble, 11 août 1854, D. P. 55. 2. 91.) Bien plus, le père conserve intact le droit de correction, tant qu'il n'est pas déchu de la puissance paternelle. (Argm. art. 381.)

D'après l'article 381 : « La mère survivante « non remariée ne pourra détenir un enfant

1. En ce sens : DEMOLOMBE, t. VII, n° 534 bis. — DEMANTE, *Cours analyt.*, n° 229 bis.

« qu'avec le concours des deux plus proches
« parents paternels, et par voie de réquisition,
« conformément à l'article 377. » D'où il ressort
que la mère remariée n'a aucunement le droit
de faire détenir son enfant du premier lit, si ce
n'est comme tutrice.

Que décider quant aux parents des enfants naturels? Le père qui a reconnu l'enfant naturel a le droit de correction; mais *quid* si c'est la mère? Il ne peut être alors question des deux plus proches parents paternels : il nous semble que, dans ce cas, la mère naturelle ne peut avoir plus de pouvoir qu'une mère légitime, et qu'il lui faudra toujours le concours du conseil de famille.

Engagement militaire. — Pour contracter un engagement volontaire, « l'engagé doit », s'il entre dans l'armée de mer, « avoir seize ans accomplis », et, s'il entre dans l'armée de terre, « avoir dix-huit ans accomplis ». Et encore, il ne lui suffit pas d'avoir atteint cet âge pour contracter l'engagement par sa seule volonté : « S'il a moins de vingt ans, il doit justifier du « consentement de ses père et mère ou tuteur. « Ce dernier doit être autorisé par une délibération du conseil de famille. » (L. du 27 juillet 1872, art. 46.)

Mais le mineur n'a pas besoin d'assistance pour contracter un enrôlement militaire à l'âge

de vingt ans accomplis. (L. 17 juillet 1889, art. 59-6°.)

Engagement religieux. — « Les congrégations
« hospitalières auront des noviciats en se con-
« formant aux règles établies à ce sujet par
« leurs statuts. » (Art. 6 décret du 18 février 1809,
relatif aux congrégations ou maisons hospi-
talières de femmes.) — « Les élèves ou novices
« ne pourront contracter de vœux, si elles n'ont
« seize ans accomplis. Les vœux des novices
« âgées de moins de vingt et un ans ne
« pourront être reçus que pour un an. Les
« novices seront tenues de présenter les consen-
« tements demandés pour contracter mariage
« par les art. 148, 149, 150, 159 et 160 du Code
« civil. (Art. 7, même décret.) A l'âge de vingt
« et un ans, les novices pourront s'engager pour
« cinq ans. » (Art. 8.)

D'après ce décret, une mineure en tutelle ou non émancipée ne peut entrer dans une congrégation hospitalière sans le consentement de son père, de sa mère, d'un aïeul ou d'une aïeule; en cas de mort ou d'empêchement, il appartient au conseil de famille de donner le consentement à la jeune fille légitime mineure, tandis que la jeune fille naturelle privée de son père et de sa mère aurait besoin d'un tuteur *ad hoc*.

Mariage. — L'article ¹ 43 de l'ordonnance

1. M. LANGLOIS, Thèse de doctorat, p. 175.

rendue par Henri III aux états de Blois est la première disposition générale qui exigea que les mineurs de vingt-cinq ans fussent autorisés, lorsqu'ils étaient en tutelle, de leur tuteur, autorisé lui-même par le juge après avis pris de ses parents, alliés, amis ou voisins. L'édit de Henri II de 1556 ne s'occupait que des mineurs ayant père ou mère. Si générale que fût cette disposition, elle n'était point appliquée en pays de droit écrit. Le mineur qui n'avait ni père ni mère pouvait se marier sans le consentement de son curateur. S'ils s'agissait d'une fille, les parents pouvaient former opposition à son mariage, et le juge ordonnait alors qu'elle serait cloîtrée pendant trois ans dans un couvent, en lui interdisant la conversation de celui qu'on prétendait l'avoir subornée.

Le conseil de famille, par cette ordonnance de Blois, était appelé bien plus souvent qu'aujourd'hui à la délibération sur le mariage du mineur. Jamais, en effet, dans l'ancien droit, les ascendants, autres que les père et mère, ne furent admis à consentir au mariage de leurs descendants mineurs. De plus, une déclaration royale de 1686, dispensant les enfants du consentement de leurs père et mère, lorsque ceux-ci s'étaient retirés à l'étranger pour cause de religion ou quelque autre cause, ajoute Pothier, devaient, dans ce cas, suppléer à ce consentement

par celui de leur tuteur, et celui-ci devait être autorisé à le donner par le juge après avis des parents, pris des deux côtés. Les déclarations de 1723 et 1741 renouvelèrent cette disposition en donnant compétence, pour autoriser le tuteur, au juge du domicile du mineur, lequel pouvait cependant ordonner que les parents fussent réunis pour donner leur avis.

Nous avons dit que les père et mère pouvaient consentir au mariage de leurs enfants sans autorisation du juge ni avis de parents. Si telle était l'ordonnance de Blois, la pratique en Normandie était différente; Couvet interprète, en effet, l'article XXXII des Placitez de Rouen comme obligeant la mère tutrice à se faire autoriser. L'article 496 de la coutume de Bretagne paraît avoir le même sens. Dans cette dernière province, l'ordonnance de Blois avait eu des précédents. Les procureurs fiscaux ayant, en ce pays, le droit d'exiger que les mineurs leur fussent représentés non mariés, Charles VIII, quand il acquit la Bretagne, rendit une ordonnance destinée à sanctionner ce droit, interdisant sous certaines peines le mariage des mineurs sans le consentement de leur tuteur.

Cette mesure législative avait elle-même de très anciens précédents. Beaumanoir, expliquant la pratique de son temps, nous dit : « Parce que mains mariages pourroient être

- fet qui ne seroient pas convenable de chix ou de celles qui sont en autrui bail, ou en autrui garde, face bone seurté as amis prochain de l'un côté et de l'autre qu'il ne les mariera pas sans lor conseil, et s'il ne veut faire leur seurté, la garde des enfants lui doit être ostée et les doit on mettre en la garde d'aucun prod'homme ou d'aucune prode femme qui le voille faire. » Aussi, en ces temps mêmes, où la loi civile ni la loi canonique n'exigeaient le consentement des parents ou du tuteur, on avait compris la nécessité de prendre, à l'égard des mineurs, des mesures spéciales. Mais celles-ci semblent avoir pour objet moins de protéger le mineur contre ses propres égarements que contre son tuteur et les mariages que celui-ci eût pu lui imposer.

La loi du 20 septembre 1792 avait suivi l'ancienne tradition, et, à défaut du père ou de la mère, le consentement était donné par une assemblée de cinq parents, amis ou voisins, délibérant sous la présidence du maire en présence du procureur de la commune. Mais elle s'en était éloignée en décidant que le consentement résultait d'un vote conforme de la majorité, l'assemblée ne donnant plus un simple avis.

Sous le Code civil, la qualité de tuteur ne confère en aucun cas le pouvoir de consentir au mariage du pupille. En vertu de la puissance

paternelle, ce pouvoir appartient au père, à la mère ou aux ascendants légitimes tant qu'il en reste un, lors même qu'il n'est pas tuteur.

« S'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeuls; ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille. » (Art. 160.)

Lors donc que les père, mère, ascendants, ascendantes n'existent plus ou ne peuvent manifester leur volonté, c'est au conseil de famille seul qu'appartient le droit de consentir au mariage du mineur. Le conseil délibère alors en la forme ordinaire, et, quand le résultat du vote est affirmatif, il autorise soit le tuteur, soit une autre personne, à assister le mineur à la célébration du mariage et à réitérer son consentement devant l'officier de l'état civil.

Il appartient de même au conseil de famille de discuter, d'adopter ou de rejeter les conventions matrimoniales (régime, dot, apports, donations) qui sont destinées à former le contrat de mariage du mineur. Par application de l'article 1398 du Code civil et selon un usage constant qui fait loi, les conventions doivent être transcrites littéralement, tout au long, à côté du consentement au mariage; en même temps, le conseil autorise le tuteur ou une autre personne

à assister le mineur pour la réalisation du contrat devant notaire¹.

Ces deux questions du mariage et du contrat doivent être votées par le même conseil de famille, car elles sont indivisibles et déterminantes l'une de l'autre ; ce qui n'empêchent pas que le conseil puisse consentir au mariage sans adopter les clauses d'un contrat notarié ; dans ce cas, le mineur serait marié sous le régime de la communauté légale, de même que si le conseil n'avait pas été appelé à délibérer sur ce point.

L'article 2140 Code civil, qui veut que l'hypothèque légale de la femme mariée soit générale, permet cependant aux futurs époux majeurs de la limiter : le conseil de famille pourra-t-il aller jusqu'à consentir, dans le contrat de mariage des mineurs, que l'hypothèque légale de la femme mariée soit restreinte à certains immeubles déterminés ? Nous ne le pensons pas ; aucun texte ne le lui permet. En ce sens : M. Troplong (t. II, n° 637 *bis*) ; — Zachariæ, édition Massé et Vergé (t. V, p. 163, § 796, texte et note 37).

Lorsque le mineur qui n'a plus ni père, ni mère, ni ascendants, malgré le refus que lui a fait le conseil de famille du consentement néces-

1. Cass., 16 juin 1879 (Sirey, 80, 1, 166).

saire à son mariage, persistera dans son intention, le tuteur, dans ce cas, pourra convoquer le conseil afin d'être autorisé à former opposition à la célébration du mariage, sans cela il n'aurait pas qualité pour le faire.

Jusqu'ici, nous avons supposé que l'enfant mineur était légitime: que décider pour le mariage d'un enfant mineur naturel ?

Pothier¹ nous enseigne que, sous l'ancien droit, c'était toujours le tuteur ou le curateur qui donnait le consentement; le père ou la mère naturelle ne pouvait, en effet, avoir ce droit de consentir à l'union de son enfant naturel; car ils n'avaient pas, à cette époque, la puissance paternelle, qui était considérée alors comme un effet civil du mariage.

Le Code civil a innové en réglant le mariage des enfants naturels de la manière suivante :
« L'enfant naturel qui n'a pas été reconnu, ou
« celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père
« et mère, ou dont les père et mère ne peuvent
« manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge
« de vingt et un ans révolus, se marier qu'après
« avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad*
« *hoc*, qui lui sera nommé. » (Art. 159.) Cet article, lorsqu'il nous parle d'un tuteur *ad hoc*, n'envisage que le cas où l'enfant naturel a été recueilli

1. POTHIER, *Du mariage*, part. I^{re}, ch. 1^{re}, section II, § 3.

par un étranger et qu'il a été élevé ainsi, sans qu'aucune tutelle ait été organisée, sans tuteur, sans conseil de famille régulier. Mais il est évident que, si la tutelle est régulièrement organisée, le conseil de famille n'aura qu'à autoriser spécialement le tuteur ordinaire, sans qu'il y ait besoin de tuteur *ad hoc*, à donner ce consentement. (En ce sens : Zachariæ, éd. Massé et Vergé, t. I, p. 212, § 127, texte et note 37 et 38.

Émancipation. — Dans notre ancien droit, l'émancipation du mineur avait toujours lieu de la manière suivante : on distinguait si l'enfant avait moins ou plus de dix-huit ans. Quand l'enfant avait moins de dix-huit ans, il rassemblait ses parents devant le juge, et celui-ci prenait leur avis sur la demande d'émancipation faite par le mineur. Sur cet avis, le roi accordait alors des lettres d'émancipation, qui ne devaient être entérinées par le juge qu'après un second avis des parents. Dans le second cas, où l'enfant avait plus de dix-huit ans, le juge se bornait à entériner sans connaissance de cause ¹.

Le Code civil dispose de la manière suivante :
« Le mineur, resté sans père ni mère, pourra
« aussi, mais seulement à l'âge de dix-huit ans

1. POTHIER, *Des personnes*, part. 1^{re}, tit. vi, section iv, art. 5.

« accomplis, être émancipé, si le conseil de
« famille l'en juge capable. — En ce cas,
« l'émancipation résultera de la déclaration que
« le juge de paix, comme président du conseil
« de famille, aura faite dans le même acte que
« le mineur est émancipé. (Art. 478.)

Le législateur ne voyant pas ici les mêmes gages qui le rassuraient, du côté des père et mère, contre le danger d'une émancipation précipitée, a cherché un supplément de garantie dans l'âge plus avancé ; ce n'est, en effet, qu'à l'âge de dix-huit ans accomplis que le mineur, sans distinction de sexe, peut être émancipé par le conseil de famille. En réalité, cette garantie existe surtout dans le caractère et le rôle du conseil de famille, et même est beaucoup plus certaine que quand c'est le père lui-même qui émancipe son enfant mineur.

C'est donc au conseil de famille qu'il appartient de décider s'il juge le mineur âgé de dix-huit ans révolus capable d'être émancipé, c'est-à-dire s'il le trouve assez intelligent et assez sensé pour se conduire lui-même, pour gérer ses affaires, et s'il existe des raisons utiles et sérieuses pour rendre cette émancipation profitable. En cas d'avis favorable, le juge de paix prononce la formule sacramentelle : « Nous déclarons que le mineur est émancipé », et il dresse du tout procès-verbal.

Avant de choisir un tuteur datif au mineur, le conseil de famille pourrait l'émanciper immédiatement. (Demolombe, t. 8, n° 212.)

Ce n'est qu'après la mort du père et de la mère que s'ouvre, pour le conseil de famille, le droit d'émanciper le mineur âgé de dix-huit ans ; mais ce droit lui appartient aussi : 1° après la déclaration d'absence judiciaire du survivant des père et mère, qui équivaut à sa mort ; 2° après la déclaration d'absence des deux ; il ne lui appartient pas en cas de présomption d'absence. M. Demolombe admet cependant l'émancipation par le conseil de famille dans le cas d'absence présumée, mais à condition de consulter préalablement le Tribunal civil sur l'utilité de l'émancipation et de la tutelle. Mais nous n'admettons pas cette opinion ; car, avec M. Demolombe (t. II, n° 244 *bis*), nous pensons que la loi, ne conférant qu'aux père et mère et au conseil de famille le droit d'émanciper, exclut par là même, d'une façon absolue, l'intervention de la justice.

Nous n'admettons donc pas que la famille ait le droit d'émanciper, même à l'âge de dix-huit ans, lorsque : 1° le père et la mère vivants sont déchus de la puissance paternelle ; 2° ou bien interdits judiciairement tous les deux ; 3° ou bien l'un présumé absent, l'autre interdit ; 4° ou bien enfin lorsque le survivant a cessé d'être tuteur pour une cause quelconque. Pour

décider ainsi, nous nous fondons sur le texte et sur l'esprit de l'article 478, qui ne concède au conseil de famille le droit d'émanciper que lorsque le mineur est resté sans père ni mère. De plus, nous ajouterons qu'en ce cas, il n'y a pas lieu à émancipation de la part du conseil de famille, puisque la tutelle n'est point encore ouverte, et que, par conséquent, il ne peut exister de conseil de famille ; or, la loi entend que le conseil n'émancipera que quand il y aura tutelle ; l'article 479 le suppose ; car il suppose que c'est au tuteur qu'il appartient avant tout de réunir le conseil de famille pour décider s'il y a lieu à émancipation¹. M. Demolombe² s'élève contre ce système : « En vérité, dit-il, quel résultat !!! Voilà donc l'émancipation impossible pendant toute la minorité ! » A cela, nous répondrons que les textes sont là, et qu'ils sont formels ; que l'on ne peut faire agir un conseil de famille puisqu'il n'y a pas de tutelle, et qu'enfin le temps pendant lequel le mineur sera privé du bénéfice de l'émancipation ne sera jamais d'une bien longue durée, puisque le conseil de famille ne pourrait l'émanciper avant l'âge de dix-huit ans, et qu'à vingt et un ans il sera majeur.

« Lorsque le tuteur n'aura fait aucune dili-

1. MARCADÉ, T. II, sur l'article 479.

2. DEMOLOMBE, T. VIII, n° 226 et suiv.

« gence pour l'émancipation du mineur dont il
« est parlé dans l'article précédent, et qu'un ou
« plusieurs parents ou alliés de ce mineur au
« degré de cousin germain, ou à des degrés plus
« proches, le jugeront capable d'être émancipé,
« ils pourront requérir le juge de paix de con-
« voquer le conseil de famille pour délibérer à
« ce sujet. — Le juge de paix devra déférer à
« cette réquisition. » (Art. 479 Cod. civ.)

Les règles sur l'émancipation sont d'ordre public ; il en résulte que le conseil, en accordant l'émancipation au mineur, ne pourra pas lui interdire certains actes que le Code civil lui permettrait de faire : en un mot, il ne pourra limiter cette émancipation ; il ne pourra que l'accorder ou la refuser.

Le conseil de famille, exerçant, dans tous ces actes, la puissance paternelle au lieu et place des père et mère, agira-t-il comme eux sans qu'il y ait de recours contre ses décisions, a-t-il un pouvoir absolu ?

Nous ne le pensons pas : l'article 883 du Code de procédure civile est général ; il ne fait aucune distinction, et soumet toutes les délibérations du conseil de famille à un recours. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens, en jugeant que la délibération non unanime par laquelle un conseil de famille, lors de sa convocation à l'effet d'autoriser le tuteur à agir en

justice, en émancipant le pupille et en lui nommant un curateur, est susceptible d'être attaquée en justice par le tuteur. (Toulouse, 25 février 1854, D. P. 54, 2, 239. — Metz, 31 mai 1870, D. P. 70, 2, 194.)

Cette opinion n'est pas partagée par tous les auteurs ; M. Demolombe ¹ enseigne que, comme pour les père et mère, la délibération du conseil de famille est souveraine, et n'est susceptible d'aucun recours devant les tribunaux.

MM. Aubry et Rau ² et un grand nombre d'auteurs, tout en adoptant l'opinion de M. Demolombe en ce qui touche le fond de la délibération, décide que ces délibérations ne pourraient être attaquées pour vice de forme.

1. DEMOLOMBE, T. VII, n° 335 et 336.

2. MM. AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 129, p. 543.

CHAPITRE IV

ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE AU COURS DE LA TUTELLE (*suite*).

*Des mesures que le conseil de famille doit prendre
quant à l'administration des biens du mineur.*

Avant d'entrer plus avant dans l'examen du rôle que joue le conseil de famille dans l'administration des biens du mineur, une première question s'impose : c'est celle de savoir si l'institution de la tutelle tient par son essence à l'ordre public. De la solution que nous adopterons, résultera le degré d'influence du conseil de famille sur l'administration du tuteur.

Si on admet que l'institution de la tutelle est d'ordre public, nulle autorité ne pourra altérer ni modifier les droits du tuteur en quoi que ce soit, et le conseil de famille ne pourra entraver ni restreindre l'administration du tuteur que dans les cas où il y sera implicitement ou explicitement autorisé par un texte de loi.

Si, au contraire, ce pouvoir ne tient pas à l'ordre public par son essence, mais seulement par sa constitution, le conseil de famille qui a

créé le tuteur et qui le surveille aura le droit, sinon de régler son administration, tout au moins de la modifier pour le mieux des intérêts du mineur.

La jurisprudence est très divisée sur cette question; néanmoins, nous pouvons citer de nombreux arrêts dans le sens de la première opinion, qui décident que l'institution de la tutelle est d'ordre public ¹.

Cette doctrine est également enseignée par MM. Demolombe (t. VII, n^{os} 143 et suiv.), Aubry et Rau (t. I^{er}, § 89, p. 369), Laurent (t. IV, n^o 362).

Quant à nous, nous nous rangerons du côté de la seconde opinion, et nous dirons que les lois relatives à l'administration tutélaire ne sont d'ordre public qu'en tant qu'elles établissent des garanties dans l'intérêt du mineur, ce qui permet au conseil de famille de conserver un droit de surveillance sur l'administration des biens du mineur pendant tout le cours de la tutelle.

Cette théorie était, du reste, celle suivie dans l'ancien droit : Pothier ² nous enseigne que, malgré l'étendue des pouvoirs accordés alors au

1. En ce sens : Riom, 15 avril 1809 ; — Toulouse, 2 juillet 1821 ; — Cass., 11 août 1818 ; — Rouen, 30 novembre 1840 ; — Grenoble, 28 juillet 1832 ; — Douai, 30 août 1839 ; — Tribunal civil de la Seine, 19 juillet 1864 (D. P. 64, 3. 108) ; — Cass., 30 décembre 1845 (D. P. 46. 4. 501) ; — Civ. Cass., 25 février 1879 (D. P. 79. 1. 157).

2. POTHIER, *Des personnes*, p. 1^{re}, n^o 165.

tuteur, le conseil de famille pouvait intervenir en cas de faillite ou d'insolvabilité notoire. Cette théorie permettra au conseil de famille, si la nécessité s'en fait sentir, d'intervenir dans l'emploi des capitaux. C'était là, du reste, le plus grand intérêt de la question, qui, maintenant, est bien moins importante depuis que la loi du 27 février 1880 sur l'aliénation et la conversion des valeurs mobilières appartenant aux mineurs a réglé, par des dispositions spéciales, l'emploi des capitaux des mineurs. Cette théorie est celle de M. Zachariæ, éd. Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 432, n° 3, et nous pouvons également citer un grand nombre d'arrêts dans le même sens¹.

§ 1^{er}.

DES MESURES QUE LE CONSEIL DE FAMILLE DOIT PRENDRE DÈS L'OUVERTURE DE LA TUTELLE.

I.

Emploi des revenus du mineur.

Le conseil de famille doit déterminer la somme à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation d'employer l'excédent sur la dépense.

1. Toulouse, 5 mai 1838; Limoges, 28 février 1846 (D. P. 46. 2. 153). — Civ. rej., 3 juin 1872 (D. P. 72. 1. 241). — Orléans, 27 mai 1854 (D. P. 55. 2. 75). — Besançon, 4 juillet 1861 (D. P. 61. 1. 165). — Douai, 21 avril 1873 (D. P. 74. 2. 147). — Bordeaux, 25 mars 1873 (D. P. 75. 2. 8).

« Le conseil de famille, dit l'article 455 Code civil, déterminera positivement la somme à laquelle commencera pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense ; cet emploi devra être fait dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi. »

« Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il devra, après le délai exprimé en l'article précédent, les intérêts de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit. » (Art. 456.)

Le conseil de famille, malgré l'expression « positivement » employée par le législateur, peut autoriser le tuteur à garder en caisse une certaine somme pour faire face aux besoins imprévus.

La loi est muette sur le mode d'emploi que devra faire le tuteur ; et, dans le silence de la loi, rien ne peut, pour nous, autoriser le conseil de famille à indiquer quel mode d'emploi doit être effectué. Le tuteur pourra donc faire valablement seul l'emploi des deniers de son pupille, et c'est à lui qu'il appartiendra de décider quand et comment l'emploi sera fait : c'est d'ailleurs là un acte de pure administration. Si le tuteur gérât sans avoir fait régler par le conseil de famille la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il

s'exposerait, après l'expiration du délai de six mois, à ne pas se voir allouer les dépenses excessives et à devoir les intérêts de la plus petite somme non employée, quelque minime quelle fût.

Ces dispositions de la loi, qui prescrivent au tuteur de faire fixer, par le conseil de famille, la somme à laquelle commencera pour lui l'obligation de faire emploi des excédents de revenu, et qui le rendent responsable du défaut de placement, sont-elles applicables à la tutelle des père et mère ?

Les auteurs ne sont pas tous d'accord sur la solution à donner à cette question : une première remarque à faire, c'est que cette question ne se pose que quand les père et mère n'ont plus la jouissance légale des biens de leurs enfants ; en ce dernier cas, en effet, la loi leur permettant de disposer de ces revenus à leur profit, il est bien évident qu'ils échappent alors au contrôle du conseil de famille.

MM. Demante et Colmet de Santerre ¹, Laurent ², appliquent les articles 455 et 456 à la tutelle des père et mère. Ils se basent sur ce que ces articles ne rappellent pas expressément au profit des père et mère l'exception formulée

¹ *Cours analytique de Code civil*, t. II, n° 213 bis, VII.

² LAURENT, t. V, n° 30.

par l'article 454, et qu'il n'existe pas une liaison suffisante entre cet article et les articles 455, 456 pour créer une exception par induction. En ce sens : Bordeaux, 5 août 1841 ; — Poitiers, 8 juin 1859 (D. P. 59, 2, 215).

M. Marcadé ¹ va encore plus loin : pour lui, l'article 454 du Code civil n'établit d'exception pour les père et mère qu'au cas où ils ont la jouissance légale, comme le fait l'article 453, et, par suite, il déclare toute cette série d'articles applicable à la tutelle légale quand le droit de jouissance légale a cessé.

Enfin vient le système professé par MM. Demolombe ² et Aubry et Rau ³, auquel nous nous rangerons.

Ces auteurs enseignent que les articles 454, 455, 456 et 470 ne sont applicables, dans aucune de leurs dispositions, à la tutelle des père et mère, et qu'il en est ainsi pendant toute la durée de cette tutelle, et même après l'extinction de l'usufruit légal.

« Les articles 454, 455 et 456 ne sont pas
« applicables à la tutelle des père et mère, dit
« M. Demolombe ; c'est ce qui me paraît résulter
« de leur contexte et de l'ensemble de leurs
« dispositions : ces trois articles sont en quelque

1. MARCADÉ, T. II, art. 454, n° 1.

2. DEMOLOMBE, T. VII, n° 628.

3. AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 112, texte et note 42.

« sorte liés les uns aux autres ; et ils ne font, en
« se succédant, que développer et compléter la
« mission dont ils chargent le conseil de famille.
« C'est ainsi que le conseil détermine avant
« tout la somme à laquelle s'élèvera la dépense
« annuelle du mineur et celle de l'administra-
« tion de ses biens, et, par voie de conséquence,
« il spécifie si le tuteur pourra employer des
« agents salariés ; il détermine ainsi la somme
« à laquelle, déduction faite des dépenses dont
« il vient d'arrêter le chiffre, commencera pour le
« tuteur l'obligation de faire emploi.

« Tout cela, dis-je, se tient et s'enchaîne. »

« Or, le texte même de l'article 454 (1^{re} partie)
« déclare que le conseil de famille n'a pas
« qualité pour déterminer, dans la tutelle des
« père et mère, le montant de la dépense
« annuelle du mineur ni celle de l'administra-
« tion de ses biens.

« Donc, il n'a pas non plus qualité pour
« décider s'ils seront autorisés à employer un
« agent salarié, ni à quelle somme commence
« pour eux l'obligation d'employer l'excédent
« des revenus sur la dépense. »

Outre cet argument de texte, on peut aussi
invoquer à l'appui de cette théorie une autre
considération : c'est que, même après la cessation
de l'usufruit légal, le père ou la mère conserve la
puissance paternelle, et qu'en vertu de cette

puissance paternelle, il a ce droit de régler à son gré la façon dont les enfants doivent être élevés et par suite la dépense annuelle qu'il convient de faire pour eux. Il y aurait donc conflit entre la puissance paternelle et l'attribution d'un pouvoir rival au conseil de famille.

On a objecté à cette théorie que les tribunaux pourraient toujours condamner les père ou mère à des dommages-intérêts, s'il y avait fraude constatée de leur part, et qu'alors il était inutile de les soustraire aux dispositions des articles 455 et 456. Il nous est facile de réfuter cet argument : les tribunaux ne pourront jamais en effet condamner le père ou la mère pour fraude ; car, avec la théorie que les père et mère ne seront pas tenus à faire emploi, il n'y aura pas d'obligation pour eux, et alors ils ne pourront encourir aucune responsabilité pour avoir négligé de faire cet emploi.

La Cour de cassation vient de se prononcer tout récemment sur cette question et d'adopter le système enseigné par MM. Demolombe et Aubry et Rau. Dans un arrêt du 24 décembre 1895 (D. P. 96, 2), elle a décidé que le père (ou la mère) ayant la tutelle légale de ses enfants mineurs n'est jamais astreint à faire l'emploi de l'excédent des recettes sur les dépenses, ni comptable des intérêts à défaut d'emploi, même après la cessation de son droit de jouissance.

II

Vente des meubles.

Le législateur, en vue de convertir en un capital productif des objets susceptibles de se déprécier ou de ne rien produire, a obligé le tuteur à vendre tous les meubles corporels qui ne sont pas accessoires d'un immeuble appartenant au mineur lors de l'ouverture de la tutelle : « Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, dit l'article 452 Cod. civ., le tuteur du mineur fera vendre, en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un officier public et après des affiches et publications, dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles autres que ceux que le conseil l'aurait autorisé à conserver en nature. »

Cette obligation s'applique aussi incontestablement aux meubles échus depuis.

Le conseil de famille a donc la faculté d'autoriser le tuteur à conserver certains meubles en nature, notamment ceux qui sont nécessaires à l'usage personnel du mineur, et même, suivant les circonstances et la situation de fortune du mineur, il peut autoriser le tuteur à conserver tous les meubles.

De même que le conseil de famille peut autoriser le tuteur à conserver tous les meubles, peut-il également enjoindre au tuteur de conserver tout ou partie de ces meubles en nature ?

MM. Demolombe ¹, Laurent ², Huc ³, enseignent que c'est au conseil qu'il appartient de désigner les meubles qui devront être vendus, que le pouvoir du tuteur est, en ce cas, subordonné à celui du conseil de famille.

Cette solution est raisonnable; car le texte de l'article 452 n'est pas impératif et, sans aucun doute, conforme à l'esprit de la loi qui consacre elle-même le droit.

M. Baudry-Lacantinerie ⁴ combat cette opinion, et décide que l'article 452, tel qu'il est rédigé, n'oblige pas le tuteur à obtenir l'autorisation du conseil de famille pour vendre tous les meubles; qu'il peut le faire même sans le consulter, et que la loi ne lui impose cette autorisation seulement que pour les conserver en nature.

Enfin, l'article 453 décide que : « Les père
« et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre
« et légale des biens du mineur, sont dispensés
« de vendre les meubles, s'ils préfèrent les
« garder pour les remettre en nature. »

1. DEMOLOMBE, T. VII, n° 575.

2. LAURENT, T. V, n° 17.

3. HUC, T. III, n° 391.

4. BAUDRY-LACANTINERIE, T. I^{er}, n° 1063.

La dernière mesure que le conseil de famille puisse prendre aussitôt après l'établissement de la tutelle, et qu'en fait il ne prend que très rarement de peur de froisser le tuteur, est celle prescrite par l'article 470 du Code civil : « Tout « tuteur autre que le père ou la mère peut être « tenu, même durant la tutelle, de remettre au « subrogé tuteur des états de situation de sa « gestion, aux époques que le conseil de famille « aurait jugé à propos de fixer, sans néanmoins « que le tuteur puisse être astreint à en fournir « plus d'un chaque année. — Ces états de « situation seront rédigés et remis sur papier « non timbré et sans aucune formalité de « justice. » (Art. 470.)

Indépendamment des états périodiques à remettre, le conseil de famille pourrait décider à toute époque qu'un état général de situation de la tutelle lui sera remis.

III

Restriction de l'hypothèque légale du tuteur.

La loi, dans l'article 2121 Code civil, confère au mineur non émancipé une hypothèque légale générale sur tous les immeubles du tuteur. L'art. 2141 permet au conseil de famille d'exprimer l'avis, dans une délibération prise au début

de la tutelle, qu'il ne sera pris d'inscription que sur certains immeubles. Dans ce cas, cette délibération est exécutoire par elle-même sans homologation, et le tuteur et le subrogé tuteur ne seront tenus de requérir inscription que sur les immeubles indiqués. (Art. 2142.)

Si le conseil de famille ne prend pas cette mesure dans l'acte même qui nomme le tuteur, celui-ci sera obligé de s'adresser à la justice pour faire restreindre l'hypothèque qui grève ses biens au cours de la tutelle.

Le texte de l'article 2141 ne parle que de l'hypothèque sur les biens du tuteur nommé par le conseil de famille : que décider dans les tutelles légales et testamentaires ? Il est évident que le conseil de famille ne pourra restreindre ces hypothèques, puisque l'article 2143 ne lui donne ce droit que dans le cas où il a lui-même nommé le tuteur.

§ 2

DES MESURES QUE LE CONSEIL DE FAMILLE DOIT PRENDRE AU COURS
DE LA TUTELLE.

I

*Actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est
nécessaire, mais suffisante.*

A. — Des baux.

L'article 1718 déclare que les articles du titre du contrat de mariage et des droits res-

pectifs des époux relatifs aux baux des biens des femmes mariées, sont applicables aux baux des biens des mineurs; or, ces articles interdisent au mari de consentir seul des baux pour les biens de sa femme, pour une durée excédant neuf ans; ils ne lui permettent de les renouveler que trois ans d'avance au plus pour les biens ruraux, et deux ans d'avance pour les maisons. Il en sera donc de même pour le tuteur; c'est-à-dire que, sans autorisation du conseil de famille, de gré à gré, sans publicité, sans enchères, par actes sous signatures privées ou devant notaire, ou même verbalement, il pourra donner un immeuble à ferme ou à loyer pour neuf années.

Contrairement à l'opinion de MM. Demolombe¹, Marcadé² et Demante³, qui enseignent que les baux faits par le tuteur seul pour un temps excédant neuf années, ne sont, en cas d'émancipation, de majorité ou de mort du mineur, obligatoires que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans, si on s'y trouve encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier ou locataire n'ait que le droit d'achever la période nonannale courante. Ces auteurs, en effet,

1. DEMOLOMBE, T. VII, n° 639.

2. MARCADÉ, sur l'art. 460, n° 3.

3. DEMANTE, T. I^{er}, n° 535.

considèrent le bail de neuf ans comme une sorte d'aliénation, et non comme un acte d'administration; car il altère le droit de disposition pour le propriétaire. M. Demolombe ajoute que le tuteur pourrait même demander lui-même, comme représentant le mineur, la nullité de ce bail à long terme pendant le cours de la tutelle.

La Cour de cassation rejette ce système pour adopter celui enseigné par MM. Aubry et Rau¹, Laurent², Huc³, et décide que les baux des biens de son pupille que le tuteur a faits sont valables, quelle qu'en soit la durée. Mais elle réserve le droit pour le pupille, à l'époque de sa majorité, de n'exécuter ces baux que pour la période de neuf ans commencée à cette époque; en un mot, les baux, quelle que soit leur durée, consentis par le tuteur, sont valables tant que dure la minorité, et ne peuvent être annulés pendant ce temps. (Req., 7 février 1865, D. P. 65, 1, 219.)

Pour que le tuteur puisse consentir à renouveler les locations plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque, s'il s'agit de maisons, il lui faudra l'autorisation du conseil de famille homologuée par justice et avec enchères publiques.

1. AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 113, p. 458, n° 62.

2. LAURENT, T. V, n° 47.

3. HUC, T. III, n° 381.

Enfin, si le tuteur veut louer en son nom les immeubles du mineur, il faudra que le conseil de famille autorise le tuteur à lui en passer bail. Si, au lieu de louer les immeubles, le tuteur veut les cultiver par lui-même, nous pensons qu'il peut le faire, car aucun texte ne le lui défend; il devra se faire autoriser à cet effet par le conseil de famille.

B. — Aliénation des meubles.

(Loi du 27 février 1880).

Nous avons vu, en étudiant l'art. 452, qu'en ce qui concerne l'aliénation des meubles corporels, M. Baudry-Lacantinerie admettait que le tuteur pouvait aliéner ces meubles sans autorisation, en observant simplement les formalités requises, opinion que nous n'avons du reste pas adoptée.

Que doit-on décider alors des meubles incorporels?

Cette question avait fait naître bien des controverses avant la loi du 27 février 1880: on se demandait alors si le tuteur pouvait également disposer sans l'autorisation du conseil de famille des meubles incorporels, ou bien s'il était seulement obligé de suivre les formalités prescrites par l'article 452 du Code civil pour la vente des meubles corporels. En effet, aucune disposition

législative n'enjoignait au tuteur de se pourvoir, pour l'aliénation des meubles incorporels, de l'autorisation du conseil de famille, que l'article 457 prescrit au contraire pour les aliénations immobilières.

Si nous consultons l'ancien droit, nous voyons que, dans nos anciennes coutumes, aucune disposition n'établissait de règles limitant le pouvoir du tuteur sur ces meubles. Cela s'explique par deux raisons : la première, c'est que la plupart des biens, les offices, les rentes, les capitaux provenant du remboursement d'une rente au mineur, que l'article 51 du Code civil déclare meubles, étaient immeubles dans l'ancien droit¹. En second lieu, dans la plupart des coutumes, le baillistre ou gardien avait la propriété des meubles. « Et au regard des meubles appartenant aux enfants mineurs étant sous bail ou administration du père ou de la mère, aïeul ou aïeule, entre nobles, appartiennent auxdits baillistres et administrateurs. »²

Enfin, à cette époque, régnait la maxime « *Vilis mobilium possessio* » : on n'attachait alors peu d'importance à la conservation des biens meubles. Cette maxime « *Vilis mobilium possessio* » était encore en honneur à l'époque de la

1. POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 81 et 91. — LOISEL, *Institutes coutumières*, liv. 2, titre 1^{er}, n° 2 — liv. 3, tit. 5, n° 23.

2. *Cout. de Berry*, tit. 1^{er}, art. 26.

rédaction du Code civil; de plus, à cette époque, les valeurs mobilières étaient rares. Peut-être bien aussi que les législateurs du Code civil, se conformant presque entièrement à notre ancien droit, lorsqu'ils ont tracé les règles de l'administration du tuteur, ont oublié qu'ils avaient classé les rentes et les offices parmi les meubles.

Mais, dès le commencement de notre siècle, les valeurs mobilières ont pris un accroissement considérable; il s'est créé partout des entreprises commerciales et industrielles de toute nature qui ont fait appel aux capitaux et au crédit, et ont contribué d'une façon énorme à l'accroissement des valeurs mobilières. L'insuffisance de notre législation pour la protection de la fortune mobilière des mineurs s'est fait sentir en même temps.

On en était arrivé alors à admettre que les formalités que l'article 452 Code civil applique pour la vente aux enchères des meubles corporels étaient inapplicables à l'aliénation des valeurs mobilières. La Cour de cassation reconnaissait au tuteur le droit d'aliéner sans formalités et sans autorisation, et regardait la conversion des titres nominatifs en titres au porteur comme un simple acte d'administration n'excédant pas les pouvoirs du tuteur. Aucun texte ne forçait le tuteur à employer les capitaux; néanmoins, par analogie, la jurisprudence étendait

dait aux capitaux la règle tracée par l'article 455 Code civ.

La pratique exigeait aussi l'autorisation du conseil de famille pour la régularité des traités de cession d'offices, mais aucun texte n'édicteait cette mesure.

L'article 3 de la loi du 24 mars 1806 exigeait néanmoins l'autorisation du conseil de famille pour le transfert des rentes sur l'État excédant la somme de cinquante francs.

Enfin, l'ordonnance royale du 29 avril 1831, en créant les rentes au porteur, interdisait la conversion des titres appartenant aux mineurs, titres qui, jusqu'à cette époque, avaient été nominatifs pour les incapables comme pour toutes les parties prenantes.

Il était évident qu'une réforme s'imposait. Des plaintes s'élevaient de toutes parts. Les notaires craignaient de voir engager leur responsabilité en se trouvant mêlés aux négociations des valeurs mobilières et se plaignaient. De grands abus se produisaient en effet de la part des tuteurs dans leur administration : les uns, négligents, laissaient périr des valeurs appartenant à leurs pupilles ; les autres, peu habiles, lancés dans des spéculations, et même quelquefois infidèles, compromettaient et dissipaient ces valeurs et, lorsqu'ils avaient à rendre compte, échappaient à la responsabilité qu'ils avaient

encourue en remplaçant par du papier sans valeur réelle, dont ils prétendaient n'avoir pas à s'imputer la dépréciation, des titres que la loi leur permettait d'aliéner librement.

Dès 1871, un membre de l'Assemblée nationale, usant de son droit d'initiative, avait proposé un projet de réglementation, sans aucun résultat.

Le 9 novembre 1876, le garde des sceaux avait présenté à la Chambre un projet de loi en cinq articles, s'appuyant sur les motifs que nous faisons valoir plus haut; mais ce projet demeura longtemps sans être mis à l'étude, il fut renvoyé plusieurs fois du Sénat à la Chambre des députés, et devint enfin la loi des 27 et 28 février 1880, après avoir été modifié et, finalement, composé de douze articles.

L'article premier de cette loi est ainsi conçu :
« Le tuteur ne pourra aliéner, sans y être auto-
« risé préalablement par le conseil de famille,
« les rentes, actions, parts d'intérêts, obligations,
« et autres meubles incorporels quelconques
« appartenant au mineur ou à l'interdit. »

Cette disposition est générale : d'abord en ce qu'elle comprend tous les meubles incorporels quelconques sans exception, tous les titres au porteur ou nominatifs, sans distinguer si leur valeur est importante ou non, et avec cette seule différence que l'autorisation aura besoin d'être homologuée pour une valeur supérieure à quinze

eents francs et non au-dessous. Le projet ne soumettait à l'autorisation du conseil de famille que l'aliénation des meubles corporels d'une valeur supérieure à douze cents francs. Mais, d'une part, la considération que les petites fortunes méritaient autant de protection, sinon plus, que les grandes, et, ensuite, la crainte que le tuteur n'éludât la loi en vendant toutes les valeurs mobilières appartenant à son pupille par fraction de douze cents francs, firent rejeter cette disposition pour adopter la règle que nous avons posée ci-dessus.

Cette disposition est encore générale en ce sens qu'elle atteint tout tuteur : légitime, testamentaire ou datif. Le premier rapport sur le projet de la commission portait même qu'elle s'appliquait au père ou à la mère survivante, projet qui, du reste, n'a subi aucun changement. Mais néanmoins il résulte du texte de l'article 1^{er} de cette loi, de ses autres dispositions et des travaux préparatoires, que, tant que durera le mariage, le père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs sera dispensé de recourir à l'autorisation du conseil de famille. C'est la déférence que l'on doit à l'autorité paternelle ; la tendresse que le père doit avoir pour ses enfants, et surtout l'existence de la mère, qui, la plupart du temps, est plus jalouse encore qu'aucun conseil de famille de l'intérêt de ses

enfants, qui ont motivé cette décision du législateur qui dispense le père administrateur légal de l'autorisation du conseil de famille.

Il résulte de l'article 9 de la loi de 1880 que les tuteurs en exercice avant sa promulgation seront obligés de s'y conformer.

L'article 1^{er} *in fine* dit que le conseil de famille, en autorisant l'aliénation, prescrira les mesures qu'il jugera utiles. Quelles seront donc les mesures que pourra ainsi prescrire le conseil de famille ? Si on consulte sur ce point les travaux préparatoires, on voit que le premier rapport du Sénat s'exprima sur cette question de la manière suivante : « Sur ce point, la rédaction du projet
« du gouvernement est large ; nous aurions
« voulu la circonscrire, mais l'embarras pour le
« faire était assez grand. En effet, les mesures à
« prescrire peuvent être de diverse nature, et
« varier beaucoup selon l'importance de la suc-
« cession, la nature des valeurs à employer, la
« condition sociale des enfants, le programme
« de leur éducation et de leur avenir. Il a donc
« paru qu'il était difficile de tout prévoir et,
« par conséquent, d'adopter une rédaction limi-
« tative. » Et plus loin : « Cependant, une
« certaine préoccupation s'est fait jour, et il
« nous a semblé indispensable de nous en
« expliquer dans le présent rapport. Si, par
« exemple, les conseils de famille prescrivaient

« des emplois ou remplois particuliers, et cela
« dans certains termes qui engageraient la res-
« ponsabilité des tiers, à l'instant même on
« verrait naître, en toutes circonstances, la préoc-
« cupation de ceux qui, ayant à se libérer,
« craindraient de se compromettre ; on verrait
« les tiers faire des offres réelles et des dépôts
« soit de capitaux par eux dus, soit de valeurs,
« jusque là contentieuses, dont ils pourraient
« avoir à se dessaisir, le tout à raison de l'obli-
« gation qui pourrait leur incomber de suivre et
« de surveiller les emplois et remplois. » Et
le rapport conclut en disant : « Il nous a donc
« paru qu'il était sage de dégager d'une façon
« générale les tiers, afin de n'apporter aucune
« entrave à la marche des affaires ; ils n'auraient
« pas à suivre l'emploi des fonds qu'ils paieront
« au tuteur : la loi ne leur en impose pas l'obli-
« gation.

« La commission pense, ajoute le rapport
« au Sénat, que les conseils de famille,
« avertis par les parties intéressées ou par le
« juge de paix, quand ils auront à prescrire un
« emploi, auront le soin de libeller leurs délibé-
« rations de façon à éviter toute difficulté. Les
« tiers débiteurs ou détenteurs n'auront ni à
« suivre ni à surveiller l'emploi ; le conseil de
« famille, en cas d'emplois prescrits par lui,
« pourra commettre une personne, laquelle

« serait, en général, soit un des membres du
« conseil, soit un officier ministériel. Cette per-
« sonne serait chargée, comme cela se fait sou-
« vent, de suivre et de surveiller l'emploi. »

L'article 2 de la loi est ainsi conçu : « Lors-
« que la valeur des meubles incorporels à alié-
« ner dépassera, d'après l'appréciation du
« conseil de famille, quinze cents francs en
« capital, la délibération sera soumise à l'homo-
« logation du tribunal, qui statuera en la chambre
« du conseil, le ministère public entendu ; le
« tout sans dérogation à l'article 883 du Code de
« procédure. Dans tous les cas, le jugement
« rendu sera en dernier ressort. »

A première vue, il paraît étrange que ce soit le conseil de famille qui doive apprécier lui-même la valeur des meubles incorporels à aliéner, et, par suite, statuer sur sa propre compétence ; mais, en y réfléchissant un peu, on voit qu'il n'y a là aucun danger pour le mineur. En effet, si l'évaluation faite par le conseil de famille s'écarte beaucoup de la vérité, le tiers acquéreur pouvant facilement s'en rendre compte, la vente sera annulée comme frauduleuse, ou bien la valeur, bien qu'en fait supérieure, se rapprochera visiblement de l'évaluation faite, et l'esprit de la loi sera respecté. D'ailleurs, il est difficile à penser que le Juge de paix se rende complice d'une fraude concertée entre les

parents, et alors, si le conseil n'est pas unanime, l'article 883 Code proc. civ. ouvrira toujours un recours devant le tribunal aux dissidents.

L'article 3 de cette loi dit que « l'aliénation sera opérée par le ministère d'un agent de change, toutes les fois que les valeurs seront négociables à la Bourse, au cours moyen du jour. » Cette disposition, sans obliger le conseil de famille à choisir l'agent de change, lui en laisse la faculté; mais elle veut que le transfert soit fait au cours moyen du jour, et à un cours officiellement déterminé, comme le demandaient les deux projets du gouvernement et de la commission du Sénat. Cette disposition s'applique, non seulement aux valeurs françaises, mais encore aux valeurs étrangères cotées à la Bourse sur les places et marchés en France.

En principe, le tuteur a tous pouvoirs pour toucher et encaisser; néanmoins, la délibération du conseil de famille agira prudemment en disant clairement si le tuteur est autorisé à recevoir le prix et à en donner quittance, et si l'agent de change est chargé ou bien dispensé de faire l'emploi : cela évitera un grand nombre de difficultés, et le conseil de famille pourra indiquer l'agent de son choix.

Les rentes sur l'État continuent, comme l'a reconnu la circulaire du Garde des sceaux relatives à l'application de la loi de 1880, à être

soumises aux dispositions de l'ordonnance du 29 août 1831, disant que les titres de rente sur l'État appartenant aux mineurs ne sont jamais convertissables en titres au porteur.

La loi de 1880 exige, pour vendre les rentes sur particuliers, l'autorisation du conseil de famille avec homologation au-dessus de quinze cents francs.

Cette loi assujétit aussi à ces formalités la vente d'un fonds de commerce ou d'un établissement commercial, industriel, agricole ou financier, dès qu'il y a une clientèle appréciable, c'est-à-dire un meuble incorporel. Lors même qu'il n'y aurait ni bail ni location, la règle serait la même: c'est en effet, au conseil de famille qu'il appartient d'apprécier s'il y a fonds, établissement, clientèle, ou s'il n'existe qu'un simple matériel, et, dans ce cas, c'est encore à lui de décider du mode de vente du matériel.

Conformément à l'ancienne jurisprudence et à la pratique de la Chancellerie, la loi de 1880 applique les mêmes règles à la cession d'office.

Avant 1880, la jurisprudence admettait que la conversion des titres nominatifs en titres au porteur était un simple acte d'administration: si la loi de 1880 eût laissé cette latitude au tuteur, elle aurait été inutile; car le tuteur aurait pu facilement tourner l'article 1^{er} de ladite loi en convertissant les titres nominatifs en titres au

porteur ; mais l'article 10 a prévu ce cas en soumettant aux mêmes règles la conversion des titres nominatifs en titres au porteur.

Le législateur a voulu que, désormais, toutes les valeurs au porteur appartenant à des mineurs et à des interdits non aliénés fussent converties en titres nominatifs. Il les a divisées en deux classes, celles possédées déjà actuellement, et celles qui ne seront possédées que plus tard, et a pris pour point de départ du délai de la conversion le fait de la possession des valeurs.

L'article 5 est ainsi conçu : « Le tuteur devra, « dans les trois mois qui suivront l'ouverture de la « tutelle, convertir en titres nominatifs les titres « au porteur appartenant au mineur ou à l'in- « terdit, et dont le conseil de famille n'aurait pas « jugé l'aliénation nécessaire ou utile.

« Il devra également convertir en titres « nominatifs les titres au porteur qui advien- « draient au mineur ou à l'interdit, de quelque « manière que ce fût, et ce dans le même délai « de trois mois, à partir de l'attribution défini- « tive ou de la mise en possession de ces « valeurs.

« Le conseil de famille pourra fixer pour la « conversion un délai plus long. »

La conversion est donc obligatoire pour le tuteur : « le tuteur devra », dit le texte, convertir en titres nominatifs ; c'est donc un devoir qui lui

incombe sans avoir besoin d'attendre l'avis ou l'injonction du conseil de famille.

Le délai fixé par la loi est de trois mois à partir du jour de l'ouverture de la tutelle. Mais il y a des cas où ce délai, bien qu'il soit préférable que les titres soient convertis le plus promptement possible, est un peu court. Ce délai, en effet, ne cadre plus avec celui de trois mois et quarante jours accordé par le droit commun aux incapables pour faire inventaire ou délibérer sur l'acceptation d'une succession. Il peut arriver aussi, par exemple, que les scellés soient mis, et que quelque retard imprévu s'oppose à leur levée, ou bien que la succession soit acceptée sous bénéfice d'inventaire, et que les titres n'appartiennent au mineur qu'après qu'il aura rendu compte aux créanciers et aux légataires ; aussi la loi actuelle a-t-elle permis au conseil de famille d'allonger ce délai lorsqu'il y a nécessité, et de fixer pour la conversion un terme plus long.

L'article 7 de la loi de 1880 a prévu le cas où le tuteur n'obéirait pas à la loi ou se montrerait négligent : « Le subrogé tuteur devra surveiller
« l'accomplissement des formalités prescrites
« par les articles précédents. Il devra, si le tuteur
« ne s'y conforme pas, provoquer la réunion du
« conseil de famille, devant lequel le tuteur sera
« appelé à rendre compte de ses actes. »

Dans certains cas, le conseil de famille doit être réuni, sur la provocation du tuteur, pour l'autoriser à aliéner avec emploi ou à conserver des valeurs au porteur. Cette convocation doit aussi être faite dans le délai de trois mois de l'ouverture de la tutelle. Il peut aussi proroger le délai de trois mois de l'ouverture de la tutelle. Le conseil de famille peut alors, s'il ordonne la conservation des valeurs inconversibles, en ordonner le dépôt. Il peut aussi proroger le délai de trois mois pour les titres qui sont conversibles, mais qui, pour certaines raisons, ne peuvent l'être de suite, ce qui serait contraire aux intérêts du mineur ; c'est l'article 5, alinéa 4, qui règle cette hypothèse : « Lorsque, soit par leur « nature, dit-il, soit à raison de convention, les « valeurs au porteur ne seront pas susceptibles « d'être converties en titres nominatifs, le tuteur « devra, dans les trois mois, obtenir du conseil « de famille l'autorisation, soit de les aliéner avec « emploi, soit de les conserver. Dans ce dernier « cas, comme dans celui prévu par le paragraphe « précédent, le conseil pourra prescrire le dépôt « des titres au porteur au nom du mineur ou de « l'interdit, soit à la caisse des dépôts et consi- « gnations, soit entre les mains d'une personne « ou d'une société spécialement désignée. »

En somme, la loi du 27 février 1880 a restreint les pouvoirs du tuteur en augmentant ceux du

conseil. Cette loi, pour toutes les raisons que nous avons énumérées au commencement de ce paragraphe, s'imposait ; seulement on peut peut-être lui reprocher, non pas de ne pas avoir atteint complètement son but, mais de l'avoir dépassé.

En effet, en voulant protéger les incapables contre les abus qui avaient pu se produire auparavant, et en les entourant de toutes les mesures de protection que nous venons d'étudier, elle n'a pas prévu le danger qui pouvait résulter pour le mineur de la lenteur et de la complication des mesures à prendre pour l'aliénation des valeurs mobilières. Combien ne voit-on pas de valeurs, en effet, qui, considérées jusque-là comme un placement sûr, être dépréciées tout d'un coup, en moins de temps qu'il n'en faut pour réunir le conseil de famille, et surtout pour obtenir l'homologation du tribunal. Cette critique n'a pas échappé aux auteurs de la loi publiée en Alsace-Lorraine en 1887 pour modifier le Code civil français dans un sens conforme à la loi du 27 février 1880 : l'article 6 de cette loi permet, en cas d'urgence, au tuteur de se faire simplement autoriser par le Juge du bailliage pour pouvoir aliéner les valeurs mobilières appartenant à son pupille. Ne serait-il pas préférable qu'il en fût de même dans notre droit français en pareil cas ?

C. — Successions — Donations — Legs.

Le tuteur ne pourra accepter ou répudier une succession échue au mineur sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous le bénéfice d'inventaire. Cette disposition s'applique à toute succession régulière ou irrégulière, sans que l'autorisation ait besoin d'être homologuée ¹.

La loi exige que, même avec l'autorisation du conseil de famille, l'acceptation soit néanmoins bénéficiaire. On pourrait se demander pourquoi exiger l'autorisation du conseil de famille, puisque l'acceptation ne peut être que bénéficiaire. C'est parce que la qualité d'héritier bénéficiaire n'est pas exempte de certaines charges et obligations personnelles, telles que de rapporter les dons, ne point prélever les legs (art. 843), rendre compte (art. 803). Le mineur, ayant accepté bénéficiairement, serait en effet responsable de l'administration de la succession, et tenu de payer les droits de mutation par décès sur l'actif.

Si le tuteur, après avoir accepté ou répudié une succession sans autorisation du conseil de

1. DEMOLOMBE, T. VII, n° 696. — AUBRY et RAU, T. 1^{er}, § 113, p. 447.
— LAURENT, T. V, n° 70. — Paris, 2 février 1880 (D. P. 83, 1, 61).

famille, se faisait autoriser ensuite, cette autorisation produirait-elle un effet légal ? La jurisprudence s'est prononcée pour la négative. (Civ. cass., 12 mars 1839.)

« Dans le cas où la succession, répudiée au
« nom du mineur, n'aurait pas été acceptée par
« un autre, elle pourra être reprise, soit par le
« tuteur, autorisé à cet effet par une nouvelle
« délibération du conseil de famille, soit par le
« mineur devenu majeur, mais dans l'état où
« elle se trouvera lors de la reprise, et sans
« pouvoir attaquer les ventes et autres actes qui
« auraient été légalement faits durant la
« vacance. »

Enfin, l'autorisation du conseil de famille est-elle nécessaire au tuteur pour exercer le retrait successoral ? Il nous semble que cette autorisation est nécessaire au tuteur. En effet, le retrait successoral est une extension de l'acceptation bénéficiaire, et peut constituer quelquefois pour le mineur une opération désavantageuse, en emportant pour le mineur l'obligation personnelle de la cession. C'est, du reste, l'opinion de MM. Aubry et Rau : « L'exer-
« cice du retrait, disent-ils, ne constituerait pas
« seulement une extension de l'acceptation béné-
« ficiaire, mais emporterait, pour le mineur,
« l'obligation personnelle de rembourser le prix
« de la cession, et pourrait, le cas échéant, cons-

« tituer pour ce dernier une opération désavan-
« tageuse engageant un patrimoine ¹.

M. Demolombe partage cette théorie : « Si
« on voyait, dit-il, dans ces sortes d'opérations,
« un emploi ou placement de deniers du mineur,
« le tuteur aurait le droit de les faire seul.

« Mais est-ce bien là leur véritable caractère ?
« Le retrait des droits successifs ou des droits
« litigieux n'est-il pas plutôt, un contrat *sui*
« *generis*, un traité, une affaire, un *negotium*,
« comme disaient les Romains ?

« Le placement, l'emploi ont pour but premier
« et prédominant la collocation et la conserva-
« tion du contrat : le contrat quelconque, prêt
« ou achat, n'est alors que le moyen.

« Ici, au contraire, le but n'est pas l'emploi
« des fonds; le but c'est l'achat lui-même, et cet
« achat est une opération qui peut avoir des
« chances, et qui, loin de servir d'emploi au
« capital du mineur, pourrait même plus d'une
« fois le compromettre et l'entamer ². »

Le Code civil, comme nous venons de le voir,
pose bien les règles pour l'acceptation des suc-
cessions et des donations; mais il reste muet en
ce qui concerne les legs : que devons-nous
décider au sujet du silence de la loi à cet
égard ?

1. AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 113, p. 448, note 9.

2. DEMOLOMBE, T. VII, n^o 678.

Nous pensons que l'article 461 du Code civil, qui permet au tuteur d'accepter sous bénéfice d'inventaire, avec l'autorisation du conseil de famille, une succession échue au mineur est applicable également aux legs universels ou à titre universel, même faits sans condition. En effet, s'il est vrai que le légataire ne soit pas obligé au rapport comme l'héritier, il n'en doit pas moins contribuer au paiement des dettes (art. 1006 et 1009), et il pourrait y avoir là une source de frais et de pertes pour le mineur ou tout au moins, dans certains cas, une question de convenances qui doit être soumise au conseil de famille ¹.

« La donation faite au mineur ne pourra
« être acceptée, dit l'article 463, par le tuteur
« qu'avec l'autorisation du conseil de famille.
« Elle aura, à l'égard du mineur, le même effet
« qu'à l'égard du majeur. »

La nécessité de consulter le conseil de famille s'explique, parce que, bien que renfermant une libéralité, la donation pourra présenter un côté onéreux et discutable, soit quant à la source et au mobile qui guide le disposant, soit quant aux conditions qui y sont imposées.

Cet article est complété par l'article 935 du Code civil : « Néanmoins, dit-il, les père et mère

1. En ce sens : Dijon, 10 juillet 1879 (D. P. 80, 2, 129).

« du mineur émancipé ou non émancipé, ou
« les autres ascendants, même du vivant des
« père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs
« ni curateurs du mineur, « pourront accepter
« pour lui. »

De là, il résulte qu'une donation pourra être acceptée sans autorisation du conseil de famille par tout ascendant, et, par suite, l'autorisation du conseil de famille est inutile quand le tuteur est un ascendant.

Que devons-nous décider pour les legs particuliers ?

Nous distinguerons, avec MM. Demolombe et Aubry et Rau,¹ entre les legs avec charges et ceux sans charges : si le legs particulier est fait avec charges l'autorisation du conseil de famille sera nécessaire ; si, au contraire, il est fait sans charges, le tuteur pourra l'accepter sans l'autorisation du conseil de famille, car l'acceptation est alors sans danger pour le mineur, le légataire particulier n'étant pas tenu des dettes de la succession.

Contrairement à cette opinion, MM. A. M. Demante, Laurent, Baudry-Lacantinerie, Huc², pensent inutile de faire ces distinctions, et

1. DEMOLOMBE, T. VII, n° 703 et 708. — AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 112 p. 447 et 448, note 11.

2. A. M. DEMANTE, T. II, n° 224. — LAURENT, T. V, n° 73 et 82. — BAUDRY-LACANTINERIE, T. I^{er}, n° 1081. — HUC, T. III, n° 437 et 440.

admettent que l'autorisation du conseil de famille est toujours nécessaire pour l'acceptation d'un legs particulier. Ces auteurs argumentent de l'article 463 Code civil, qui exige l'autorisation de conseil de famille pour l'acceptation d'une donation, pour s'assurer si cette donation est honorable, et si elle n'est pas accompagnée de charges qui en excèdent le profit. Or, à ces deux points de vue, disent-ils, l'acceptation du conseil de famille semble aussi nécessaire pour l'acceptation d'un legs que pour l'acceptation d'une donation.

A cela nous répondrons, avec M. Demolombe, que la différence des deux droits du légataire et du donataire ne permet pas d'appliquer directement l'article 463 au legs.

Enfin, si le legs fait au mineur est mobilier, le tuteur pourra former seul la demande en délivrance ; car le tuteur a qualité pour exercer seul les actions mobilières du mineur ; si le legs est immobilier, l'autorisation du conseil de famille lui sera nécessaire. Cette théorie est celle de MM. Demolombe. (T. VII, n° 706 et, Aubry et Rau, *loc. cit.*)¹

M. Laurent, *loc. cit.*, soutient au contraire que le tuteur n'a jamais besoin de l'autorisation du conseil de famille pour exercer la demande en délivrance d'un legs accepté ou non accepté ; car pour lui, quand bien même il s'agirait d'un legs

immobilier, la demande en délivrance n'aura jamais le caractère d'une action immobilière, et ne devra pas être confondue avec l'action en revendication.

D. — Actions immobilières.

L'autorisation du conseil de famille est encore nécessaire au tuteur pour introduire en justice une action relative à un immeuble, quel qu'il soit : « Aucun tuteur, dit l'article 464, ne pourra
« introduire en justice une action relative aux
« droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à
« une demande relative aux mêmes droits,
« sans l'autorisation du conseil de famille. »

Il résulte encore de cet article que de même, pour acquiescer à une action immobilière introduite contre le mineur, il faut aussi au tuteur l'autorisation du conseil de famille ; et on peut aussi en déduire, *a contrario*, que le tuteur n'a pas besoin d'autorisation pour défendre à une action immobilière intentée contre le mineur, pas plus que pour introduire une action mobilière, y défendre ou y acquiescer. Le texte de l'article 464 s'applique à tous les tuteurs.

En décidant ainsi, le Code civil s'est conformé à la pratique de l'ancien droit.

L'ancienne jurisprudence n'était pas aussi précise que le Code ; Pothier semble dire, en

effet, que le tuteur peut valablement agir seul, et considérer seulement comme prudent de sa part de se faire autoriser par le juge sur l'avis des parents. Quoique plus affirmatif, Meslé ne s'explique pas très nettement sur les actions pour l'exercice desquelles le tuteur devait se faire autoriser par le juge, sur l'avis des parents et par le conseil de tutelle composé d'avocats, qui était nommé, lors de la délation de la tutelle, en Normandie et en Bretagne ; mais ce qui est évident, c'est que, parmi ces actions, il range les actions réelles ¹.

Mais, si l'instance était déjà introduite, le tuteur n'aurait pas besoin du conseil de famille pour suivre ou reprendre cette instance. Le texte de l'article 464 n'exige, en effet, l'autorisation du conseil de famille que pour introduire l'action : « Le tuteur ne pourra introduire », dit-il. En ce sens : Metz, 26 prairial, an XIII ; — Nîmes, 2 juillet 1829 ; — Bordeaux, 22 mai 1889 (D. P. 90, 2, 284).

En un mot, il y aura donc action immobilière et, par conséquent, nécessité de l'autorisation du conseil de famille, toutes les fois qu'il s'agira des actions de propriété, d'usufruit, de servitude,

1. Règlement de Rouen de 1673, art. 31. — Bretagne, art. 513. Le très ancien droit français était plus rigoureux encore : il interdisait aux représentants des mineurs de figurer dans une instance où des droits de propriété étaient en question. (Beaumanoir, chap. xv.)

de droits hypothécaires, de partage et de succession. En résumé, c'est l'application du principe: *Actio quæ tendit ad mobiles, mobilis est, ad immobiles, immobilis.*

Cette nécessité de l'autorisation du conseil de famille s'explique, quoiqu'il semble tout d'abord qu'intenter une action immobilière, c'est simplement faire un acte de conservation et non d'aliénation, puisque les jugements sont uniquement déclaratifs de droits préexistants et non translatifs. Néanmoins, en y réfléchissant, on s'aperçoit qu'au fond il pourrait résulter indirectement d'un jugement une aliénation, à cause de la mauvaise direction donnée à la demande ou de son inopportunité.

Ces mêmes motifs se retrouvent même pour défendre à une action immobilière, et, logiquement, le Code civil aurait pu, là aussi, exiger l'autorisation du conseil de famille. Cependant, la différence est grande entre attaquer et défendre; aussi le législateur en a-t-il décidé autrement, car il faut nécessairement que le mineur soit défendu. En ne répondant pas à une demande, le tuteur acquiescerait tacitement, ce qui lui est interdit sans autorisation. Il doit donc résister à l'action immobilière intentée contre le mineur; et, s'il croit la demande bien fondée, il doit demander au conseil de famille l'autorisation d'acquiescer ou de ne pas répondre, de manière

à couvrir sa responsabilité. De plus, le mineur, dans ce cas, sera toujours protégé et par le tribunal et par le ministère public. (Art. 83 Code de procédure civile.)

Suivant la disposition finale de l'article 464, l'autorisation du conseil de famille est encore nécessaire pour acquiescer à une demande relative aux droits immobiliers du mineur ; il en est de même du droit de se désister, le désistement d'appel n'étant qu'un acquiescement à la décision des premiers juges.

Quelques auteurs, parmi lesquels on peut citer MM. Aubry et Rau ¹, font une distinction entre l'acquiescement à une demande dirigée contre le mineur et l'acquiescement à un jugement rendu contre lui, dans une instance où il figurerait comme demandeur. Dans ce dernier cas, l'acquiescement au jugement n'est pour eux qu'une renonciation aux droits du mineur, et, par suite, s'il s'agit de droits immobiliers, l'autorisation du conseil de famille cesse d'être suffisante.

D'autres auteurs ont fait remarquer que, quand les droits de l'adversaire du mineur paraissaient évidents, il était inutile d'obliger le tuteur à plaider jusqu'au bout, toujours et quand même ; car ce système exposait le mineur

1. AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 115, p. 466 et 467.

à payer les dépens de la nouvelle instance. D'ailleurs, pour ces auteurs, l'acquiescement ou le désistement d'appel n'est pas l'aliénation prévue par l'article 468 ¹.

Jusqu'ici, la Cour de cassation ne s'était pas prononcée d'une manière bien catégorique sur la question; elle avait simplement décidé que l'autorisation du conseil de famille était suffisante quand le désistement portait sur un pourvoi en cassation. (Req, 17 mars 1868, D. P. 69. 1. 284. — Toulouse, 29 décembre 1853, D. P. 54. 2. 68.) Elle s'est enfin prononcée tout récemment dans le sens de l'opinion que nous avons adoptée. (Req., 10 janvier 1894, D. P. 1894. 1. 377 ².)

Mais, dans un cas comme dans l'autre, l'autorisation donnée par le conseil de famille doit précéder l'acte accompli par le tuteur sous peine de nullité, et cette nullité, une fois encourue, ne peut pas être couverte par une autorisation accordée postérieurement. On pourra reprocher à notre opinion d'être un peu rigoureuse, et d'interpréter un peu trop strictement l'article 464 Code civil, qui n'exige pas textuellement que l'autorisation soit préalable; mais elle a du moins le mérite d'introduire une régularité parfaite

1. DEMOLOMBE, T. VII, n° 684.

2. Cet arrêt a été confirmé par la Cour de cassation jugeant en chambres réunies le 22 mars 1897 (D. P. 97. 1. 277).

dans la procédure à suivre pour l'administration d'une tutelle : l'ordre respectif des formalités à remplir se trouve ainsi réglé d'une manière uniforme et invariable. C'est, du reste, en ce sens que s'est prononcé l'arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 1894, précité.

Contrairement à notre opinion, M. Demolombe ¹ interprète d'une manière moins stricte l'article 464, et enseigne que, lorsque le conseil de famille a donné son adhésion à un acte déjà accompli par le tuteur, toutes les personnes chargées par la loi de protéger le pupille sont intervenues, et qu'il n'y a plus de raison pour prononcer une nullité qui n'est fondée que sur une insuffisance de protection. MM. Aubry et Rau et Huc ² sont aussi en ce sens, et M. Laurent, lui aussi, se contente d'une autorisation survenue en appel : il donne cette décision à propos d'une action exercée par le tuteur. (En faveur de cette doctrine, on peut citer : Req., 27 mars 1855, D. P. 55. 1. 257.)

Mais nous pouvons concilier la décision de cet arrêt avec notre opinion, en disant que l'autorisation du conseil de famille survenant au cours de l'instance engagée par le tuteur, a lieu

1. DEMOLOMBE, T. VII, n° 684.

2. AUBRY et RAU, T. 1^{er}, § 114, p. 464, texte et note 11. — HUC, T. III, n° 444.

en réalité pendant, et non après l'acte qu'elle concerne.

E. -- Partage.

« La même autorisation, dit l'article 465, « sera nécessaire pour provoquer un partage ; « mais il (le tuteur) pourra, sans cette autorisation, répondre à une demande en partage dirigée « contre le mineur. » L'article 465 exige l'autorisation du conseil de famille pour permettre au tuteur de provoquer un partage. Le motif de cette autorisation est que, pour la plupart des auteurs, le partage n'est autre qu'un acte d'aliénation. Pour M. Laurent ¹, le motif est tout autre : pour lui, le Code civil, adoptant une fiction contraire à la réalité, considère le partage comme déclaratif de propriété au lieu de le considérer comme translatif. Le véritable motif est que le législateur n'a pas voulu permettre au tuteur de décider seul si l'intérêt du mineur exige le maintien de l'indivision, malgré les inconvénients qu'elle entraîne, ou, au contraire, le partage immédiat. MM. Baudry-Lacantinerie et Huc ² sont aussi en ce sens.

L'autorisation du conseil de famille n'est

1. LAURENT, T. V, n° 74.

2. BAUDRY-LACANTINERIE, T. I^{er}, n° 1085. — HUC, T. III, n° 444.

nécessaire que pour provoquer l'action en partage ; mais le tuteur n'en a pas besoin pour défendre à cette action. Nul, en effet, en vertu de l'article 815, n'est contraint à demeurer dans l'indivision ; et, le partage pouvant être ainsi provoqué, il ne serait pas possible au conseil de famille de refuser au tuteur l'autorisation de défendre à la demande intentée contre le pupille.

La disposition de l'article 465 Code civil est applicable à tout partage qui fait cesser l'indivision résultant d'une succession, d'une communauté, d'une société. Elle est applicable aux partages mobiliers comme aux partages immobiliers ¹. La jurisprudence a décidé que l'autorisation du conseil de famille suffisait pour habiliter le tuteur à procéder au partage lorsqu'il se faisait en nature ; mais elle a décidé que, lorsqu'il s'agissait de liciter des immeubles indivis, il fallait que la délibération du conseil de famille fût homologuée par le tribunal. (Cass., 20 juin 1880, D. P. 80, 1, 161.)

Aux termes de l'article 466 Code civil, le partage doit être fait en justice pour obtenir à l'égard du mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, et cet article ajoute que tout partage

1. En ce sens : DEMOLOMBE, T. VII, n° 720 ; — LAURENT, T. V, n° 74.

qui ne serait pas fait en justice conformément à la loi, ne serait considéré que comme un partage provisionnel.

Faut-il l'autorisation du conseil de famille pour que le tuteur puisse faire un partage provisionnel ? MM. Demolombe et Aubry et Rau ¹ enseignent que le tuteur peut faire ce partage sans l'autorisation du conseil de famille. Ils se fondent sur l'article 840 Code civil, qui déclare que les partages faits sans l'observation des formalités, ne sont que provisionnels, et sur l'article 818, qui permet au mari seul de demander un partage provisionnel, lorsqu'il a le droit de jouir des biens de sa femme.

M. Laurent ² ne partage pas cette opinion ; tout au contraire, il objecte à la doctrine que nous venons d'examiner que l'article 840, qu'elle invoque, suppose simplement qu'on a voulu faire un partage de propriété, et ne veut pas dire que, sans autorisation du conseil de famille, le tuteur ne peut pas faire un partage provisionnel ; quant à l'article 818, il ne peut fournir aucun argument, puisque le tuteur, n'ayant jamais le droit de jouir des biens du mineur, ne peut pas être assimilé au mari dans le cas où ce dernier a le droit de jouir des biens de sa femme. C'est

1. DEMOLOMBE, T. VII, nos 723 et suiv. — AUBRY et RAU, T. 1^{er}, p. 113 et 162.

2. LAURENT, T. V, n^o 78.

donc au conseil de famille d'autoriser le partage provisionnel, s'il le trouve préférable pour les intérêts du mineur.

Une question controversée est celle de savoir si le tuteur peut exercer les actions possessoires : ces actions, en effet, sont immobilières ; d'où on a conclu que l'autorisation du conseil de famille était nécessaire au tuteur, et que l'article 464 leur était applicable.

M. Delvincourt ¹ avait d'abord enseigné cette théorie ; puis, ensuite, il en a adopté une autre : faisant une distinction entre les actions possessoires ayant pour objet des immeubles et celles qui concernent les universalités de meubles d'autre part ², il n'applique l'article 464 qu'aux premières de ces actions.

M. Demolombe ³ repousse cette distinction, et enseigne que le tuteur peut intenter toutes les actions possessoires : « S'il est vrai que ces
« actions soient immobilières, dit cet auteur, s'il
« est vrai que l'importance de la question de
« possession soit très grande, il faut pourtant
« reconnaître que la loi elle-même met les
« actions possessoires au rang des actes con-
« servatoires : c'est ainsi que l'article 1428
« décide que le mari peut exercer seul toutes les

1. DELVINCOURT, éd. 1819, T. I^{er}, p. 120, note 6.

2. DELVINCOURT, éd. 1828.

3. DEMOLOMBE, T. VII, n° 688.

« actions mobilières et possessoires qui appartiennent à sa femme.

« Or, d'une part le tuteur peut exercer aussi les actions mobilières du mineur ; d'autre part, son mandat d'administrateur et de représentant du pupille est pour le moins égal au mandat en vertu duquel le mari sous le régime de la communauté administre les biens personnels de la femme.

« Donc il faut en conclure que le tuteur peut aussi exercer les actions possessoires ¹. »

Que décider de l'action en bornage ?

C'est aussi une action immobilière : un premier point qui nous semble établi, c'est que l'article 464, qui autorise le tuteur à défendre aux actions immobilières, donne qualité au tuteur pour défendre seul et sans autorisation du conseil de famille à l'action en bornage, lorsque le bornage est provoqué.

La loi de 1838 fait une distinction, selon que la propriété ou les titres qui l'établissent sont ou ne sont pas contestés, et établit la compétence du juge de paix dans ce dernier cas. Nous adopterons le même criterium, et nous déciderons, avec M. Demolombe², que le tuteur n'aura pas besoin d'autorisation pour former la demande en bor-

1. En ce sens : POTHIER, *Du mandat*, n° 152 ; — ZACHARIE, AUBRY et RAU, T. I^{er}, p. 416.

2. DEMOLOMBE, T. VII, n° 689.

nage, lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne seront pas contestés. En effet, dans ce cas, ce n'est pour ainsi dire qu'un simple acte d'administration, un acte tout matériel il s'agira tout simplement de rétablir des bornes. Mais, dès qu'une contestation s'élèvera sur la propriété et sur les titres, nous pensons qu'il y aura alors besoin de l'autorisation du conseil de famille. Cette interprétation nous paraît absolument conforme à l'esprit de l'article 464.

L'autorisation du conseil de famille sera-t-elle nécessaire au tuteur pour passer un aveu obligatoire pour le mineur ?

M. Demolombe ¹ et un grand nombre d'auteurs enseignent que le tuteur ne peut seul passer un aveu obligatoire pour le mineur. Pour eux, l'aveu ne peut émaner régulièrement que de celui qui est capable de disposer du droit lui-même ; or, la loi a soumis les actes de disposition à l'accomplissement des formalités protectrices des intérêts du mineur ; donc cette formalité ne saurait appartenir au tuteur seul. (En ce sens : Bourges, 26 avril 1831, Sirey 31, 2, 241.)

Tout en admettant cette opinion en principe, nous la trouvons néanmoins trop absolue. L'aveu, en effet, n'est pas autre chose que la reconnaissance du droit d'autrui, l'adhésion à

1. DEMOLOMBE, T. VII, n° 690.

sa prétention ; en un mot un véritable acquiescement. Or, nous savons que, tandis qu'il est nécessaire pour le tuteur d'obtenir l'autorisation du conseil de famille pour acquiescer à une demande immobilière, il a au contraire plein pouvoir pour acquiescer à une demande mobilière ; l'aveu n'étant qu'un véritable acquiescement nous lui appliquerons les mêmes règles, selon qu'il sera relatif à un meuble ou à un immeuble.

Le serment peut-il être déféré au tuteur par les tiers ou bien aux tiers par le tuteur, pour en faire dépendre la décision de la cause pendante en justice ? Il est évident qu'en ce qui concerne le serment décisoire, on ne peut pas prendre le tuteur à serment sur un acte personnel à l'auteur du mineur ou au mineur lui-même ; l'article 1539 du Code civil dispose en effet que le serment décisoire ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère.

Mais nous distinguerons, en ce qui concerne l'adversaire, si l'action est mobilière ou si elle est immobilière, et nous déciderons que, pour les actions immobilières, le tuteur aura besoin de l'autorisation du conseil de famille, tandis que, pour les actions mobilières, le tuteur pourra sans autorisation déférer à l'adversaire le serment sur un fait personnel commun à l'auteur du mineur et à cet adversaire, quoique celui-ci

soit privé du moyen récursoire de référer ce serment. (Argm. art. 464. 1361. 1362.) Et, lorsque l'objet du serment est un fait purement personnel à l'adversaire, le tuteur pourra également prendre ce dernier à serment.

C'est par exception que, suivant la disposition textuelle de l'article 2275, quand il s'agit d'actions en justice dans lesquelles l'adversaire oppose une prescription de cinq ans ou de moindre durée, « le serment pourra être déféré aux veuves « et héritiers ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils « sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils « ne savent pas que la chose soit due ».

Il y a certaines actions qui ne sont ni mobilières ni immobilières, ce sont les actions qui concernent l'état du mineur : le législateur ne s'est pas prononcé au sujet de ces sortes d'actions; nous pensons, suivant l'opinion commune, que le tuteur peut les exercer, mais avec l'autorisation du conseil de famille.

Il nous semble, avec M. Demolombe ¹, qu'il faut au tuteur, pour exercer ces actions, l'autorisation du conseil de famille, et cela, surtout si on consulte l'esprit de la loi. En effet, les textes des articles 175, 182, 468 et 510 du conseil ne

1. DEMOLOMBE, T. VII, n° 694. — M. LAURENT émet une autre théorie : pour lui, ces actions sont si étroitement liées à la personne, qu'elles ne peuvent être exercées que par le mineur lui-même et en son propre nom. (T. V, n° 82.)

permettent au tuteur d'agir qu'avec l'autorisation du conseil de famille pour tout ce qui intéresse le mineur, soit quant à sa personne, soit quant à son état. En outre les actions qui concernent l'état du mineur, bien qu'elles ne soient ni mobilières ni immobilières, offrent un intérêt encore supérieur à celui des actions immobilières ; or, nous avons vu que l'article 464 exige cette autorisation déjà pour les actions immobilières : vu leur importance, *a fortiori* devra-t-on l'exiger pour les actions concernant l'état du mineur.

La jurisprudence n'est pas en ce sens ; elle permet au tuteur d'exercer ces actions lui-même de son propre mouvement, sans autorisation du conseil de famille, parce qu'aucun texte ne le soumet, pour l'exercice de ces actions, à la nécessité d'une autorisation ¹.

Enfin, pour terminer ce paragraphe, examinons ce que nous devons décider au sujet de l'appel : l'autorisation donnée par le conseil de famille au tuteur pour intenter une action au nom du mineur, lui permet-elle d'agir en appel, sans qu'une nouvelle autorisation lui soit nécessaire ?

1. Caen, 21 mars 1861 (D. P. 63, 1. 299). — Bastia, 8 février 1888 (D. P. 88, 2. 317) et sur pourvoi, Civ. rej. 17 février 1890 (D. P. 90, 1. 290).

Une première doctrine, professée par M. Laurent, enseigne que l'autorisation du conseil de famille est toujours nécessaire au tuteur pour interjeter appel. Elle considère l'appel comme une instance distincte, et que l'appelant, quel qu'ait été son rôle en première instance, devient demandeur ; car, pour M. Laurent, lorsque le tuteur forme un appel, il demande la modification d'un état de choses acquis par le jugement, et il a donc besoin de l'autorisation du conseil de famille. Cette théorie ajoute que le conseil de famille, lorsqu'il a autorisé le tuteur à former la demande, n'était pas éclairé sur le fait comme il a pu l'être depuis en suivant le cours du procès, et on doit plutôt considérer l'autorisation qu'il a donnée comme limitée à la première instance, et non pour toutes les suites possibles de l'instance. Cette théorie invoque aussi la tradition : Pothier dit, ajoute-t-elle, que c'était surtout dans le cas où il voulait appeler qu'il était sage de la part du tuteur de se faire autoriser, parce qu'un premier échec doit rendre prudent, et que le législateur a dû s'inspirer de ces principes. ^

Contrairement à cette doctrine, nous considérerons l'appel comme une simple conséquence de la première instance, et comme n'étant que la continuation de la même demande ou de la même défense. Qu'il soit demandeur ou défen-

seur, le tuteur n'aura donc pas besoin d'une nouvelle autorisation.

S'il est demandeur, la première autorisation lui suffira ; s'il est défendeur, il n'en aura pas besoin davantage, puisqu'il n'en avait pas besoin pour défendre à la demande en première instance.

Quant aux autres arguments de raison qu'invoque le système de M. Laurent, il est facile de les écarter en reconnaissant au conseil de famille le droit de retirer son autorisation après le premier jugement, et de faire notifier au tuteur et à la partie adverse la nouvelle délibération¹.

Le pourvoi en cassation, suivant l'article 28 du règlement du 28 juin 1738, ne peut être formé au nom d'un incapable que par son représentant. Mais le tuteur aura-t-il besoin de l'autorisation du conseil de famille ? Malgré la solution que nous avons donnée pour l'appel, nous pensons qu'en ce cas il faudra l'autorisation du conseil de famille ; car, ici, le pourvoi n'est pas assimilable à l'appel ; c'est, en effet, une voie de recours exceptionnelle.

1. Potiers, 28 novembre 1864 (D. P. 65. 2. 16). — Alger, 26 février 1866 (D. P. 68. 1. 10).

Actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont nécessaires.

Les articles 457-458 C. civ. combinés exigent, en plus de l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal pour que le tuteur puisse emprunter pour le mineur, aliéner ou hypothéquer ses biens. Ces articles sont ainsi conçus :

Article 457 : « Le tuteur, même le père ou
« la mère ne peut emprunter pour le mineur, ni
« aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles,
« sans y être autorisé par un conseil de famille.
« — Cette autorisation ne devra être accordée
« que pour cause d'une nécessité absolue ou
« d'un avantage évident. Dans le premier cas,
« le conseil de famille n'accordera son autori-
« sation qu'après qu'il aura été constaté par un
« compte sommaire, présenté par le tuteur, que
« les deniers, effets mobiliers et revenus du
« mineur sont insuffisants. Le conseil de
« famille indiquera, dans tous les cas, les
« immeubles qui devront être vendus de préfé-
« rence et toutes les conditions qu'il jugera
« utiles. »

Article 458 : « Les délibérations du conseil

« de famille relatives à cet objet, ne seront
« exécutées qu'après que le tuteur en aura
« demandé et obtenu l'homologation devant le
« tribunal de première instance, qui y statuera
« en la chambre du conseil, et après avoir
« entendu le procureur de la République. »

A ces articles, il faut ajouter les articles 1 et 2 de la loi du 27 février 1880.

Article 1^{er} : « Le tuteur ne pourra aliéner,
« sans y être autorisé préalablement par le
« conseil de famille, les rentes, actions, parts
« d'intérêts, obligations et autres meubles
« incorporels quelconques appartenant au
« mineur ou à l'interdit.—Le conseil de famille,
« en autorisant l'aliénation, prescrira les
« mesures qu'il jugera utiles. »

Article 2 : « Lorsque la valeur des meubles
« incorporels à aliéner dépassera, d'après l'ap-
« préciation du conseil de famille, 1,500 fr. en
« capital, la délibération sera soumise à l'hom-
« logation du tribunal, qui statuera en la
« chambre du conseil, le ministère public
« entendu, le tout sans dérogation à l'article 883
« Code proc. civ. Dans tous les cas, le juge-
« ment rendu sera en dernier ressort. »

A. — Emprunt.

L'emprunt est un acte très grave ; car, si la somme empruntée n'est pas remboursée, elle

peut conduire à l'aliénation des biens du mineur. Aussi la loi l'a-t-elle entouré d'une foule de formalités, et a-t-elle restreint les cas dans lesquels le conseil de famille peut donner son autorisation, et décidé qu'aucun tuteur ne peut emprunter pour le compte d'un mineur ou d'un interdit, sans y être autorisé par le conseil de famille, autorisation qui ne peut elle-même, en ce cas, être accordée que pour des causes d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident. Et la délibération autorisant cet emprunt doit en outre être homologuée par le tribunal civil.

Le principe de la nécessité de l'autorisation a été emprunté au droit romain. (L. 1, § 2 D. *de reb. eorum qui in tutela sunt.*)

L'ancien droit exigeait également l'avis des parents ou l'autorisation donnée par le juge.

La rédaction de l'article 458 C. civ. avait donné lieu à une controverse qui a disparu aujourd'hui : certains auteurs soutenaient que les délibérations relatives aux emprunts faits par le tuteur pour le compte du mineur n'étaient pas soumis à l'homologation du tribunal. Ces auteurs invoquaient la rédaction de l'article 458, qui dit : « Les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet », pour eux « à cet objet » se rapportait spécialement à la fin de l'article 457, c'est-à-dire seulement à l'aliénation des immeubles du mineur. M. Loqué (sur

l'article 458) a écrit, en effet: « A cet objet », c'est-à-dire à l'aliénation dont il vient d'être immédiatement question. »

Mais aujourd'hui la doctrine est constante pour reconnaître que cette expression « les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet », doit-s'entendre des délibérations concernant tous les actes énumérés dans l'article 457. Il semble bien évident, du reste, que la pensée du législateur est de soumettre l'emprunt, l'hypothèque et l'aliénation à une même condition. Cela résulte du reste des premières lignes de l'article 457, et, de plus, l'article 483 Code civil vient confirmer cette opinion en exigeant l'autorisation du conseil de famille et l'homologation pour le mineur émancipé qui veut faire un emprunt ¹.

L'autorisation du conseil de famille et l'homologation du Tribunal sont nécessaires, même quand le tuteur emprunte pour payer une dette certaine et exigible : cela résulte des dispositions absolues des articles 457 et 458. Il en serait de même si le prêteur ne faisait qu'emprunter pour rembourser une dette hypothécaire et exigible avec subrogation au profit du prêteur ².

1. En ce sens : ZACHARIE, éd. Massé et Vergé, t. 1^{er}, p. 437, note 18; — DEMOLOMBE, t. VII, n° 730; — AUBRY et RAU, t. 1^{er}, § 113, p. 451, note 23; — LAURENT, t. V, n° 94; — BAUDRY-LACANTINERIE, t. 1^{er}, n° 1038; — HUC, t. III, n° 427.

2. AUBRY et RAU, t. 1^{er}, § 113, p. 452, note 28. — LAURENT, t. V, n° 95.

Du reste, dans ces hypothèses, où les intérêts du mineur sont respectés, et où il ne pourrait se plaindre du défaut d'autorisation, la prudence recommande au tuteur de se servir quand même des formes édictées par les articles 457 et 458 ; car le pupille, devenu majeur, pourrait fort bien se refuser à observer les délais fixés pour le remboursement dans le cas où la somme prêtée porterait intérêt, et être libéré malgré le créancier.

De plus, il peut très bien arriver que l'emprunt soit fait dans des conditions nouvelles, différentes de celles de la première dette, et le tuteur ne doit pas en être seul juge ; s'il avait agi seul, il y aurait alors gestion d'affaires et l'article 1375 serait applicable.

Pour cette même raison, il nous semble qu'on doit étendre la même solution au cas où le tuteur paye une dette avec stipulation de subrogation à son profit ; car, dans ce cas, il n'y a pas seulement un paiement fait pour le mineur, mais il y a aussi un emprunt. La seule chose qui soit différente, c'est que c'est le tuteur lui-même, et non un tiers, qui devient créancier du mineur. Aussi, le tuteur devra, nous semble-t-il, soumettre à l'approbation du conseil et de la justice les conditions de ce paiement, comme si elles étaient insérées dans un acte d'emprunt, puisqu'elles doivent produire les mêmes effets.

L'autorisation du conseil de famille ne peut être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident ; la nécessité absolue doit être contrôlée par un compte sommaire présenté par le tuteur et prouvant que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants. Cette disposition de l'article 457 est de rigueur, et ne comporte aucune exception. Cependant, contrairement au principe posé par la disposition formelle du Code, il a été jugé que le conseil de famille n'était pas dans l'obligation d'exiger que le tuteur justifiât, par un compte sommaire, du défaut de deniers suffisants pour acquitter les dettes du mineur, lorsque l'emprunt avait pour objet de payer une dette pour l'acquittement de laquelle un immeuble du mineur était sur le point d'être exproprié. (Bordeaux, 17 mars 1843.) Il a été décidé de même que l'autorisation donnée par le conseil de famille et homologuée par le tribunal, ferait présumer que le compte sommaire a été présenté. (Gand, 27 mai 1857, cité par M. Laurent, t. V, n° 94.)

Les conditions exigées par l'article 457 sont, nous l'avons dit, formelles, et la nullité résulterait de leur inobservation ; sans cela, les diverses dispositions du Code protégeant les mineurs se trouveraient sans sanction ; mais, une fois autorisé dans les formes légales, l'em-

prunt ne peut être attaqué que dans le cas où il pourrait l'être par un majeur.

Nous avons dit que c'était le conseil de famille et le tribunal qui devaient apprécier les conditions du prêt. Le conseil peut imposer telles stipulations qu'il lui plaît ; mais le tribunal ne peut en imposer de nouvelles : s'il n'approuve pas celles qui ont été acceptées par le conseil de famille, il doit les renvoyer à l'examen de ce dernier.

Le conseil de famille pourra-t-il imposer au prêteur la surveillance de l'emploi de la somme prêtée, et le rendre responsable du détournement des fonds de leur destination ? Ce serait là, en effet, une garantie fort utile en cas d'insolvabilité du tuteur ; car, lorsque le prêteur aurait accepté cette condition, il serait lié par la délibération, et, dès lors, responsable des fonds empruntés au nom du mineur, si la condition n'était pas exécutée. Avant la loi du 27 février 1880, la doctrine et la jurisprudence étaient d'accord pour décider que l'article 457 du Code civil permettant au conseil de famille de déterminer toutes les conditions qu'il jugeait utiles : ce dernier pouvait, et même agissait sagement en imposant cette condition au prêteur. (En ce sens, Gand, 27 mars 1857. — V. *supra*.)

L'article 6 de la loi du 27 février 1880, décidant que les tiers ne sont, en aucun cas, garants

de l'emploi des capitaux appartenant au mineur, a retiré au conseil de famille le droit d'imposer au prêteur ou à l'acheteur une semblable condition, ni en matière d'emprunt ni en matière de vente immobilière.

B. — Aliénation des immeubles.

Dans l'ancien droit, l'aliénation des immeubles était entourée d'un grand nombre de précautions. Les immeubles du mineur ne pouvaient être vendus que sur autorisation du juge, sur avis des parents, qu'en cas de nécessité pour payer des dettes exigibles, nous dit Meslé, p. 192. L'arrêt du Parlement de Rouen de 1673 (art. XLII) permettait, au contraire, d'en autoriser l'aliénation pour évidente utilité. L'article 508 de la coutume de Bretagne déclarait, en termes plus généraux, que les immeubles pouvaient être aliénés pour cause suffisante. L'autorisation n'était donnée qu'après conclusions et en présence du ministère public. Cette formalité, qui, anciennement, nous dit Meslé, aux XIV^e et XV^e siècles notamment, était toujours exigée, était devenue exceptionnelle, et c'était une formalité de plus, qu'expliquait la gravité de l'acte.

En traçant les règles relatives à l'emprunt, nous avons par là même tracé les règles relatives

à l'aliénation des immeubles : dans l'un et l'autre cas en effet, les articles 457 et 458 exigent l'autorisation du conseil de famille et l'homologation. L'autorisation demandée ne peut être accordée par le conseil de famille que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident, et de plus il doit indiquer les immeubles qui devront être vendus de préférence et les conditions qu'il jugera utiles.

L'article 953 Cod. pr. civ. dit que le conseil de famille devra indiquer la valeur approximative des biens. Le conseil de famille peut indiquer un prix au-dessous duquel l'immeuble ne pourra pas être vendu, de même qu'il peut permettre la vente à tout prix. Il peut aussi prendre toutes les mesures qu'il jugera nécessaires pour assurer l'emploi des fonds, sauf l'exception édictée par la loi du 27 février 1880, que nous avons étudiée dans la section précédente. Le subrogé tuteur peut être chargé de surveiller l'emploi : ce sont là des dérogations au principe suivant lequel le tuteur doit toucher seul et employer sous sa responsabilité personnelle les capitaux du mineur.

Ce n'est pas au conseil de famille, de déterminer dans quelles formes la vente aura lieu : la loi s'est occupée de ce soin. (Articles 953 et suiv. Cod. procéd. civ.) Néanmoins, comme les articles 953 à 955 accordent aux tribunaux un pouvoir

discretionnaire pour retenir la vente des biens du mineur à la barre du tribunal ou la renvoyer devant un notaire commis, il a été jugé que le conseil de famille, en donnant son autorisation, peut exprimer son avis sur le point de savoir ce qui serait le plus avantageux et le plus dans l'intérêt du mineur, de vendre les biens à la barre du tribunal ou de commettre un notaire pour procéder à cette vente ¹.

En règle générale, l'aliénation consentie à des conditions autres que celles qui auraient été déterminées par le conseil serait nulle : telle serait celle qui stipulerait que le paiement sera fait au tuteur; mais, en la présence et du consentement du subrogé tuteur ou bien encore celle qui ordonnerait de laisser les fonds entre les mains du notaire en attendant que le placement prescrit par le conseil de famille pût être effectué. (En ce sens : Laurent, t. V, n° 88, et Bruxelles, 2 août 1851, cité par cet auteur.)

Lorsque le conseil de famille a ainsi fixé les conditions de la vente, le tribunal doit les homologuer; il peut cependant refuser son homologation : c'est là son seul droit. Mais il ne peut, de sa seule autorité, changer ou modifier les conditions qu'il trouve mauvaises; il doit se

1. En ce sens : Rouen, 20 avril 1831; — Civ. rej. 20 janvier 1880 (D. P. 80, 1, 61).

borner à ordonner qu'à la diligence du tuteur, le conseil sera convoqué pour donner à nouveau son avis. Presque tous les auteurs sont en ce sens ¹; seul, M. Laurent ² enseigne l'opinion contraire, et va même jusqu'à permettre au tribunal de réformer la délibération du conseil de famille en ce qui concerne la désignation des immeubles.

L'article 460 C. civ. décide que, pour le cas où un jugement aurait ordonné la licitation sur provocation d'un propriétaire par indivis, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ne sont pas exigées; mais en serait-il de même pour poursuivre la licitation d'immeubles appartenant au mineur ?

M. Laurent professe un premier système : il regarde la licitation comme un équivalent du partage; pour lui, c'est une opération qui fait cesser l'indivision lorsque le partage en nature n'est pas possible, et il décide que l'autorisation du conseil de famille est seule nécessaire en pareil cas; car en matière de partage, ce n'est pas au tribunal, c'est au conseil de famille seul que le législateur confie l'intérêt de l'incapable. De plus, la licitation étant nécessitée par l'im-

1. En ce sens : AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 113, p. 49 ; — HUC, T. III, n^o 427 ; — Civ. cass. 9 février 1863 (D. P. 63, 1, 85) ; — Civ. cass. 17 décembre 1867 (D. P. 67, 1, 482).

2. LAURENT, T. V, n^o 83.

possibilité ou les inconvénients graves d'un partage en nature, est une vente forcée; or, les articles 457 et 458 C. civ. ne concernent que les aliénations volontaires. Il n'y a pas lieu non plus, ajoute ce système, de tirer un argument *a contrario* de l'article 460, qui affranchit des formalités établies pour les aliénations les licitations ordonnées par jugement sur provocation d'un copropriétaire indivis, puisque les restrictions apportées aux pouvoirs du tuteur ont un caractère exceptionnel, et ne peuvent pas être étendues par analogie. La demande en licitation n'est pas un acte d'aliénation, mais plutôt une action immobilière; or, nous avons vu que les actions immobilières concernant un mineur peuvent être intentées par le tuteur avec la simple autorisation du conseil de famille, et que, pour y défendre, il n'y a pas même besoin de cette autorisation. C'est simplement l'application de ce principe qu'a fait l'article 460 à la demande en licitation formée par un tiers; l'hypothèse inverse reste donc régie par l'article 464, et l'autorisation du conseil de famille seule doit suffire. On objectera à cette théorie, ajoute-t-on, que la licitation entraîne l'aliénation; mais, si on analyse bien, le partage, lui aussi, entraîne l'aliénation. Il y a, en effet, aliénation de la part de chacun des cohéritiers sur les objets attribués aux autres copartageants. Le

partage est, dit-on, déclaratif de propriété (art. 883); mais n'en est-il pas de même de la licitation lorsque l'immeuble est adjugé à un des copropriétaires. Enfin, l'homologation ferait un double emploi; car, dans la licitation, l'aliénation n'a lieu qu'en jugement, et le tribunal examine alors s'il y a lieu ou non d'accueillir la demande formée par le tuteur. (En ce sens : Bordeaux, 23 août 1870, D. P. 71, 2, 143.)

MM. Marcadé, Aubry et Rau, Huc ¹, soutiennent l'opinion contraire: ils enseignent que les articles 457 et 458 du Code civil, tout en ne paraissant concerner que les ventes volontaires, n'en règlent pas moins d'une façon générale le mode d'aliénation des immeubles appartenant au mineur, et l'article 460 n'est qu'une exception à cette règle, ayant pour but de maintenir, au profit des copropriétaires indivis, le droit qui résulte pour eux de l'article 815 C. civ. de ne pas rester dans l'indivision. L'article 460, étant une exception, ne peut être étendu, et l'argument *a contrario* que l'on peut tirer de cet article est conforme au droit commun, puisque l'homologation est de règle en matière d'aliénations immobilières. De plus, il y a une différence entre le partage en nature et la licitation : la

1. MARCADÉ, T. 1^{er}, sur l'article 460. — AUBRY et RAU, T. 1^{er}, § 113, p. 451, note 20. — HUC, T. III, n° 435.

licitation, en effet, sauf les cas où l'adjudication est prononcée au profit du mineur, lui enlève tous ses droits sur les immeubles indivis, et les remplace par un capital mobilier, ce qui peut compromettre la fortune du mineur. L'homologation, en ce cas du reste, n'est pas aussi inutile que veut bien le dire M. Laurent, et ne fait pas double emploi ; car, dans la procédure d'homologation, le juge examine la question d'opportunité pour permettre ou refuser au tuteur d'introduire la demande, tandis que, lorsqu'il est saisi d'une demande en licitation, il n'a pas à examiner cette question d'opportunité ; il doit simplement se borner à vérifier l'impossibilité de procéder au partage en nature. Enfin, l'homologation doit être prononcée par le tribunal du domicile de la tutelle, tandis que la demande en licitation doit être portée devant le tribunal de la situation des biens. Dans le sens de cette doctrine, à laquelle nous nous rangeons : Nancy, 3 juillet 1878, et sur pourvoi civ. rej., 20 juin 1880 (D. P., 80, 1, 161).

L'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ne sont pas exigées en cas d'aliénation forcée, par exemple dans le cas où les créanciers du mineur poursuivraient la saisie.

La vente est également nécessaire en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique.

L'article 13 de la loi du 3 mai 1841 est ainsi conçu : « Si les biens de mineurs, d'interdits, « d'absents ou autres incapables, sont compris « dans les plans déposés en vertu de l'article 5, « ou dans les modifications admises par l'admi- « nistration supérieure aux termes de l'article 111 « de la présente loi, les tuteurs, ceux qui ont été « envoyés en possession provisoire et tous « représentants des incapables peuvent, après « autorisation du tribunal, donnée sur simple « requête en la chambre du conseil, le minis- « tère public entendu, consentir amiablement « l'aliénation desdits biens. Le Tribunal ordonne « les mesures de conservation ou de remploi « qu'il juge nécessaires ¹. »

La loi écarte ici complètement le conseil de famille, voulant faciliter l'expropriation amiable et rendre la procédure d'expropriation plus rapide.

D'une manière générale, en dehors de ces exceptions, les articles 457 et 458 sont applicables dans tous les cas où il s'agit d'aliéner, de quelque manière que ce soit, un immeuble, ou de constituer un droit réel quelconque sur les immeubles du mineur, usage, usufruit. Ces mesures doivent être également observées pour la renonciation à de semblables droits.

1. En ce sens : Civ. rej., 13 mars 1861 (D. P. 61, 1, 181).

Que décider pour les coupes de bois ?

Le tuteur ne pourra abattre qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal les bois de haute futaie qui ne sont pas mis en coupes réglées; car ce ne sont pas des fruits, mais une partie de l'immeuble lui-même. Si au contraire ces bois sont en coupes réglées, le tuteur pourra en disposer sans autorisation.

L'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal seraient encore nécessaires au tuteur pour lui permettre d'aliéner des mines ou des carrières, et même pour autoriser l'ouverture des mines ou carrières dans les fonds de l'incapable.

Ces mêmes conditions s'imposent encore au tuteur pour consentir la prorogation du délai fixé pour l'exercice d'une faculté de réméré, réservée au vendeur sur un immeuble acheté par le mineur ou par son auteur, pourvu toutefois que le délai ne soit pas expiré. Cette prorogation du délai de réméré avant son expiration, n'est pas autre chose en effet que l'aliénation d'un droit immobilier ; mais il n'y a pas besoin, en ce cas, d'observer les formalités judiciaires prescrites par l'article 459 Code civil et par le Code de procédure civile¹.

1. Civ. cass., 18 mai 1813. — AUBRY et RAU, T. 1^{er}, § 113, p. 450. — LAURENT, T. V, n° 90.

Que devons-nous décider de l'échange ?

Le conseil de famille et le tribunal pourraient-ils autoriser l'échange d'un immeuble du mineur contre un autre immeuble ?

MM. Aubry et Rau¹ repoussent cette solution : l'accomplissement, d'après eux, des formalités édictées par l'article 459 rendrait l'échange impossible ; car le mineur ne serait pas protégé, en ce cas, par les formalités que la loi a créées dans son intérêt.

A cela, nous répondrons que souvent l'échange est un acte fort utile au mineur, et qu'en le lui défendant, on arrive plutôt à nuire à ses intérêts qu'à les protéger. Il est vrai que la mise aux enchères et l'application des formalités prescrites par le Code de procédure civile pour la vente sont impossibles ; mais ce n'est point dans le Code de procédure civile qu'il faut aller chercher les règles sur les pouvoirs du tuteur et du conseil de famille. Ces formalités étant inapplicables, il suffira au conseil de famille d'examiner avec le plus de soin possible si l'échange présente pour le mineur un avantage évident. (Art. 457, 458, 459 Code civ.) De plus, si on réfléchit que le législateur a bien autorisé l'échange en ce qui concerne les immeubles dotaux (art. 1559 Code civ.), il serait bien diffi-

1. AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 113, p. 450, note 18.

cile d'admettre qu'il n'a pas accordé la même faculté au mineur, ce qui pourrait souvent lui causer un notable préjudice. Nous pensons donc, en résumé, que l'échange pourra être fait avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, mais que les formalités judiciaires prescrites par l'article 459 et par le Code de procédure civile, ne sont pas exigées par ce fait qu'elles sont impossibles à suivre en un pareil contrat. Du reste, l'ancien droit le permettait déjà au tuteur avec l'autorisation du juge précédée d'un avis des parents¹.

Nous pensons aussi que l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal seront également nécessaires pour la vente des navires dont le mineur sera propriétaire. En effet, les navires sont des immeubles sur bien des points, et la loi du 10 décembre 1874 permet de les hypothéquer ; or, l'article 2124 Code civ. lie en principe entre elles la faculté d'aliéner et celle d'hypothéquer en les subordonnant l'une et l'autre aux mêmes formalités. Ces formalités étant requises pour hypothéquer un navire, elles devront l'être *a fortiori* pour l'aliéner.

Enfin, il est un cas où le conseil de famille est appelé seul à autoriser l'aliénation d'un immeuble appartenant au mineur : c'est celui où

1. MESLÉ, p. 1^{re}, chap. VIII, n° 22.

un immeuble du mineur a été saisi et cette saisie transcrite. Lorsqu'il en est ainsi, l'article 744 du Code de procédure civile permet au conseil de famille d'autoriser le tuteur à demander que les poursuites de saisie soient converties en poursuite de vente volontaire. Mais, à proprement parler, dans ce cas, l'aliénation n'est pas véritablement volontaire, mais bien plutôt forcée, et il ne s'agit que d'apprécier dans quelle forme elle doit avoir lieu.

Notons, en terminant ce paragraphe, que la jurisprudence a assimilé les baux de plus de neuf ans aux actes d'aliénation ; on devra donc, leur appliquer les règles de l'article 457 ; ces formalités seront nécessaires au tuteur, d'après le même principe, pour renouveler les baux à des époques et pour des périodes autres que celles déterminées par l'article 1429.

C. — Hypothèque.

Contrairement à la pratique du droit romain et du droit écrit, le Code civil, craignant les conséquences qui peuvent résulter de l'hypothèque pour la fortune du mineur, a, non sans raison, assimilé l'hypothèque à l'aliénation.

A Rome, en effet, et dans les pays de droit écrit, aucune autorisation de justice n'était

nécessaire au tuteur pour consentir une hypothèque sur les biens du mineur.

L'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont donc exigées pour la constitution d'une hypothèque conventionnelle sur les biens du mineur, même quand il s'agit de garantir le paiement d'une dette que le tuteur a été autorisé précédemment à contracter. On a pourtant voulu essayer de soutenir que dans ce dernier cas le tuteur pouvait hypothéquer, sans aucune autorisation, les immeubles de son pupille pour garantir cette dette qu'il avait été régulièrement autorisé à contracter, en disant que : « Les immeubles sont déjà engagés par le fait de cette dette ; l'hypothèque n'aggrave point les charges du patrimoine. » Mais cette prétention est inexacte ; car le droit de suite qui est conféré au créancier par l'hypothèque augmente ses droits et le fait participer à la propriété. De plus la constitution d'hypothèque déprécie bien plus un patrimoine que l'existence des dettes les plus considérables restées chirographaires¹.

Mais l'article 457 n'a trait qu'à l'hypothèque conventionnelle : cela s'explique ; car il n'y a besoin d'aucune condition ni formalité spéciale pour les hypothèques légales ou judiciaires, car

1. En ce sens : AUBRY et RAU, T. 1^{er}, § 113, p. 452 ; — LÉURENT, T. V, n° 93.

elles émanent plus ou moins directement de la loi. (Article 2121.)

Lorsque l'art. 457 fut rédigé, le législateur ignorait encore s'il admettrait, comme base du système hypothécaire, la généralité des hypothèques conventionnelles, comme dans l'ancien droit, ou au contraire leur spécialité. C'est ce qui explique pourquoi l'article 457 n'exige pas, pour l'hypothèque comme pour l'aliénation, que le conseil indique les immeubles qui devront être hypothéqués de préférence, ainsi que toutes les conditions qu'il jugera utiles ; mais cette disposition doit s'appliquer également à l'hypothèque ; car, l'article 2129 ayant établi le principe de la spécialité, il est évident que le conseil de famille doit indiquer les immeubles que le tuteur devra hypothéquer.

L'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal seront de même nécessaires au tuteur pour transférer une hypothèque sur un autre immeuble du tuteur¹.

Nous pensons également que ces mêmes formalités doivent être appliquées au pacte d'antichrèse ; car il y a une grande différence entre l'antichrèse et le bail de biens que le tuteur est autorisé à faire seul pendant neuf années ; car le bail n'est qu'une nécessité de l'administra-

1. En ce sens : AUBRY et RAU, T. 1^{er}, § 113, p. 452, note 21.

tion ; l'antichrèse, au contraire, fait sortir l'immeuble, dans une certaine mesure, du patrimoine du mineur ; c'est une garantie nouvelle, un droit spécial attribué au créancier. Ce pacte en effet, en établissant, grâce au droit de rétention, une jouissance en compensation au profit du créancier, lui concède un droit de préférence dans la possession de l'immeuble, bien qu'il ne lui donne pas un droit de préférence sur le prix. On peut aussi tirer un argument, en faveur de notre opinion, de ce que la loi a gardé le silence sur l'antichrèse, lorsqu'elle s'est préoccupée de déterminer les pouvoirs du tuteur quant à la location des biens de l'incapable ; c'est donc qu'elle ne reconnaissait pas ce droit au tuteur ¹.

D. — Aliénation des meubles incorporels.

Nous avons vu incidemment, en nous occupant de la loi du 27 février 1880, que l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont également exigées pour l'aliénation des meubles incorporels appartenant au mineur, dont la valeur dépasse quinze cents francs. (Art. 2.)

Nous avons vu aussi qu'exceptionnellement

1. En ce sens : DEMOLOMBE, t. VII, n° 712 ; — AUBRY et RAU, *loc. cit.*, n° 25 ; — Pau, 9 août 1837.

ces formalités étaient exigées pour l'aliénation de certaines valeurs n'excédant pas quinze cents francs: il en est ainsi des actions qui sont devenues immeubles par déclaration du propriétaire, en vertu de lois spéciales. (Décret du 16 janvier 1808, ayant trait à l'immobilisation des actions de la Banque de France.

E. — Transaction — Compromis.

L'article 2044 définit la transaction en disant qu'elle est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître: ce contrat doit être rédigé par écrit.

En droit romain, le tuteur pouvait transiger; en sorte que, si le mineur était créancier, il conservait sa créance, et que, s'il était débiteur, il trouvait son avantage, ou par la diminution de la dette ou par la facilité du payement: « *Tutoribus concessum est a debitoribus pupilli pecuniam exigere, ut ipso jure liberentur; non etiam donare, vel etiam diminuendi causa cum iis transigere: et ideo eum, qui minus tutori solvit, a pupillo in reliquum conveniri posse*¹. »

Dans notre ancien droit, le tuteur ne pouvait, sans autorisation, transiger en matière immo-

1. L. 46, § 7. D. de administ. et peric. tut.

bilière : « La mère, bail ne peut transiger d'éritage, nous dit déjà Pierre de Fontaine, en son conseil ¹. » La coutume de Bretagne nous dit aussi que le tuteur ne pouvait transiger es causes héréditelles sans autorisation du conseil de tutelle, désigné ordinairement lors de l'élection du tuteur par l'assemblée des parents; mais il pouvait transiger en matière mobilière ².

Mais, aujourd'hui, le Code civil a entouré cet acte de précautions encore plus sévères que l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Il exige, en outre, l'avis de trois jurisconsultes. C'est qu'en effet la transaction est un acte d'une grande importance et qui est dangereux; car elle comporte l'abandon d'une partie des droits de celui qui transige, parfois même de droits certains, dans le but d'acheter le repos et d'éviter des frais souvent considérables. On peut aussi, souvent, se faisant illusion sur son droit, se croire très heureux d'obtenir de l'adversaire un sacrifice sans valeur auprès de ceux que l'ont fait soi-même, parce qu'on les croit nécessaires pour sauver partie de ses droits.

« Le tuteur ne pourra transiger au nom du
« mineur qu'après y avoir été autorisé par le

1. Éd. MARNIER, p. 165, I, VIII.

2. MESLÉ, p. 191.

« conseil de famille, et de l'avis de trois juris-
« consultes désignés par le procureur de la
« République près le tribunal de première ins-
« tance.

« La transaction ne sera valable qu'après
« qu'elle aura été homologuée par le tribunal
« de première instance, après avoir entendu le
« procureur de la République », dit l'article 467.

Cet article ne fait aucune distinction entre les droits immobiliers et les droits mobiliers : on en a conclu que les formalités exigées par ledit article étaient nécessaires au tuteur pour transiger sur les droits mobiliers du mineur ¹.

Le concours de quatre conditions préalables est donc requis pour la validité d'une transaction faite au nom du mineur, quel que soit l'objet de la contestation : meuble ou immeuble. Mais, dans le silence de l'art. 467, dans quel ordre ces formalités doivent-elles être accomplies ? Les auteurs reconnaissent, ce qui semble le plus logique du reste, que l'avis des trois jurisconsultes doit précéder la délibération du conseil de famille, et l'autorisation du conseil de famille précéder l'homologation.

La dénomination de jurisconsulte n'a pas de signification bien caractérisée : elle sert à indi-

1. En ce sens : MM. AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 113, p. 453, note 30 ; — LAURENT, T. V, n° 96 ; — HUC, T. III, n° 448 ; — Paris, 14 août 1871 (D. P. 72. 5. 455).

quer toute personne qui a des connaissances en droit, qui est versée dans la science du droit. Mais, par cette expression, les rédacteurs du Code civil ont voulu désigner les avocats, dont l'ordre, supprimé par la loi du 2 septembre 1790, n'avait pas encore été rétabli. En pratique, le procureur de la République fait un choix ; il désigne toujours d'anciens avocats inscrits, depuis dix ans au moins, au tableau d'un ordre d'avocats. (Art. 495 Code proc. civile.)

Les jurisconsultes n'ont qu'à donner leur avis, mais il suffit que l'avis ait été pris ; la loi n'exige pas l'unanimité, et même cet avis serait-il unanime qu'il ne lierait pas le conseil de famille, dont le vote reste absolument libre en toutes circonstances. L'avis des jurisconsultes a surtout pour but d'éclairer le vote du conseil de famille.

Enfin, dans ce cas, le tribunal n'a pas qualité pour homologuer la délibération ; il doit seulement examiner la transaction, une fois qu'elle est rédigée et réalisée, et alors l'homologuer ou la rejeter.

Quant au compromis, il est complètement interdit au tuteur ; aucune autorisation ne saurait le valider : il en était ainsi, du reste, en droit romain et dans notre ancien droit. Le Code civil a gardé le silence sur ce point ; mais le Code de procédure civile a suppléé à ce silence : l'article 1003 Code proc. civ. ne permet en effet de

compromettre que sur des droits dont on a la libre disposition ; or, cette libre disposition, le tuteur ne la possède pas, même avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. On peut tirer en outre un argument beaucoup plus décisif des articles 1004 et 83 Code proc. civ. combinés : l'article 83 soumet les causes des mineurs à la communication du ministère public ; or, l'article 1004 dit qu'on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public.

§ 3

LE CONSEIL DE FAMILLE JUGE DES CAUSES DE DESTITUTION ET D'EXCUSE.

C'est aussi au conseil de famille qu'il appartient d'apprécier si le parent, l'allié ou l'ami qu'il a désigné s'acquitte des devoirs qu'il fait peser sur lui le titre de tuteur. C'est lui qui juge son administration, et, dès lors qu'il s'agit d'un tuteur autre que le père ou la mère, enlève la direction de la personne de l'incapable au tuteur lorsqu'il lui paraît que ses agissements sont dangereux ; mais, lorsqu'il est en présence du père ou de la mère, il ne peut que leur enlever l'administration des biens. Il exerce le même pouvoir sur le subrogé tuteur.

Les causes de destitution sont indiquées dans les articles 421 et 444 du Code civil, et le conseil de famille ne peut pas en admettre d'autres; car ce sont des incapacités, et elles ne peuvent être étendues.

Le conseil de famille doit aussi statuer sur l'admissibilité des excuses proposées au début ou au cours de la tutelle.

Les causes d'excuse, comme les causes de destitution, sont énumérées par la loi; mais le conseil de famille peut-il admettre d'autres causes d'excuse que celles énumérées par le Code? C'est une question très controversée.

M. Demolombe ¹ y voit une question de droit et examine: « Si la délibération du conseil de famille qui aurait excusé une personne de la tutelle pour une cause non consacrée par la loi pourrait être maintenue par les magistrats, dans le cas où elle serait attaquée devant eux, ou si les magistrats eux-mêmes pourraient admettre une telle excuse dans le cas où le conseil de famille l'aurait rejetée? » et il conclut pour la négative.

Tout en adoptant cette doctrine au point de vue du principe juridique, nous ne saurions admettre la conclusion; car il y a une raison supérieure, l'intérêt du mineur: si, par exemple,

1. DEMOLOMBE, T. VII, n° 447.

un orphelin possédant une grosse fortune a comme tuteur conféré par la loi un aïeul complètement illettré et étranger aux affaires, n'y aurait-il pas imprudence à laisser en ce cas l'administration dans des mains aussi incapables ? Le conseil de famille ne commettrait-il pas une faute grave en résistant à l'aïeul demandant à être dispensé ? C'est ce qui fait dire à M. Valette ¹ que « la loi n'a pas entendu énumérer les causes d'excuse dans un sens absolument limitatif, mais seulement indiquer celles que le conseil de famille et les tribunaux ne peuvent refuser de prendre en considération, lorsqu'elles seront justifiées ; quant aux excuses non comprises dans cette énumération de la loi, on pourra les écarter ou les admettre suivant les circonstances ».

1. VALETTE, sur Prudhon, t. II, p. 340. — Dans le même sens : MARCADÉ, sur l'article 441 ; — DEMANTE, *Cours analytique*, n° 116 bis.

CHAPITRE V.

DES ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE RELATIVES A LA PERSONNE ET AUX BIENS DES MINEURS ÉMANCIPÉS.

Après avoir examiné quelles sont les attributions du conseil de famille vis-à-vis des mineurs en tutelle, nous allons étudier maintenant ses attributions relatives à la personne et aux biens des mineurs émancipés.

§ I^{er}.

NOMINATION D'UN CURATEUR.

Nous avons vu dans quel cas appartenait au conseil de famille le droit d'émanciper le mineur. Aussitôt cette émancipation faite, le conseil de famille doit nommer un curateur au mineur émancipé. C'est ce qui résulte de l'article 480, ainsi conçu : « Le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé, assisté d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille. »

En règle générale, le curateur est toujours nommé par le conseil de famille, mais cette règle

générale a été controversée. Certains auteurs ont voulu admettre que, comme pour le tuteur, il pouvait y avoir des curateurs testamentaires et des curateurs légitimes : cette controverse a donné lieu à de nombreux systèmes.

Tout d'abord, il paraît bien établi, malgré la doctrine de M. Delvincourt, qu'il n'y a pas de curateur testamentaire : ce système dans le silence absolu de la loi ne pouvait être admis ; mais que décider du curateur légitime ?

Suivant certains auteurs, le père ou la mère seuls, à l'exception des autres ascendants, sont de plein droit curateurs légitimes de l'enfant qu'ils auraient émancipé ¹, un autre auteur ne reconnaît ce droit qu'au père et en excepterait la mère ². D'autres, au contraire, l'étendraient aux ascendants comme au père ou à la mère ³. Suivant un autre système encore, on ferait une distinction : ou bien l'émancipation aurait été conférée au mineur pendant le mariage par le père ou, à défaut de père, par la mère, et alors la curatelle légitime appartiendrait à celui de ses auteurs qui l'aurait émancipé ; car, en ce cas du père ou de la mère existant et émancipant son enfant, on ne sera pas dans les termes de l'article 480, car il n'y aura pas de compte de

1. TAULIER, T. II, p. 92, 93.

2. ZACHARIE, T. I^{er}, p. 368.

3. DELVINCOURT, T. I^{er}, p. 126, note 3.

tutelle à rendre ;—ou bien alors, si l'émancipation a été conférée après la dissolution du mariage, fût-ce même par le survivant des père et mère, il y aura alors nécessairement un compte de tutelle à rendre, et on retombera dans les termes exacts de l'article 480. Ce système est celui de M. Marcadé ¹.

Là Cour de Besançon a jugé, conformément à cette opinion, que la nomination d'un curateur par le conseil de famille dans les termes de l'article 480 ne s'applique qu'au cas d'émancipation faite par ce conseil ; qu'ainsi, lorsque l'émancipation est l'œuvre du père, celui-ci conserve, avec les autres attributs de la puissance paternelle, la curatelle du mineur émancipé, et qu'il n'y aurait lieu, en pareil cas, de faire nommer un curateur par le conseil de famille que si le père avait à rendre un compte de tutelle et pour la reddition de ce compte ².

Contrairement à toutes ces théories, nous adopterons la doctrine enseignée par M. Demolombe ³, qui reconnaît qu'en présence du silence de la loi, n'édicte aucune disposition légale, déférant la tutelle de plein droit à tel ou tel parent du mineur, la curatelle sera toujours dative, sauf deux exceptions que nous étudierons plus bas.

1. MARCADÉ, T. II, art. 480, p. 196.

2. Besançon, 8 avril 1884 (D. P. 85. 2. 246.)

3. DEMOLOMBE, T. VIII, n° 242.

Nous commencerons par répondre, avec cet auteur, au système de M. Marcadé qu'il semble peu rationnel de donner la curatelle légale au père ou à la mère qui émancipent après la dissolution du mariage, alors qu'il est déjà tuteur légal ; car, dans l'un ou l'autre cas, l'émancipation provient de la même source : elle procède de la puissance paternelle, et il est alors difficile de comprendre cette distinction faite par M. Marcadé.

A Rome, la curatelle était toujours dative ¹; et, si on étudie les travaux préparatoires, on verra que la solution doit être la même sous le Code civil. L'historique de la rédaction de l'article 480 montre bien, en effet, qu'il a été conçu dans un esprit exclusif de la curatelle légitime. L'article 84 du projet déférait les fonctions de curateur à celui qui aurait rempli les fonctions de tuteur ; dans ce projet, le père ou la mère tuteur était donc curateur légitime. « Les fonctions de curateur, disait-il textuellement, seront, dès le moment de l'émancipation, remplies par celui qui était tuteur. » Cambacérès fit alors observer qu'il était quelquefois utile de donner au mineur comme curateur un autre individu que celui qui avait rempli les fonctions de tuteur, ne fût-ce que pour préparer l'action en reddition de

1. Instit. de Justinien, liv. 1, tit. 23, § 1.

compte de la tutelle. Au lieu de donner satisfaction à cette observation en nommant simplement un tuteur *ad hoc*, on supprima la disposition que nous avons analysée plus haut ; et, quand le projet fut communiqué officiellement au Tribunat, il était muet sur la délation de la curatelle. La section demanda alors qu'on ajoutât cette incidente, insérée aujourd'hui dans l'article 480 : « D'un curateur qui sera nommé par le conseil de famille. » Les rédacteurs firent alors remarquer que cette addition dissiperait jusqu'au plus léger doute ¹.

L'art. 84 du projet se trouve donc ainsi rédigé : « Il (le mineur émancipé) ne pourra intenter une action immobilière ni y défendre, même recevoir et donner décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille. » Si le texte du projet avait été conservé tel au lieu de la teneur de l'article 480, ce texte ne permettrait pas, comme le fait ce dernier, d'objecter à notre théorie que, si la loi ne parle que d'un curateur nommé par le conseil de famille, c'est qu'elle n'a pensé qu'au curateur chargé de recevoir le compte de tutelle, compte pour lequel l'ancien tuteur, devenu curateur, ne pourrait

1. LOCRÉ, *Législation civile*. T. VII, p. 146 et 227. — FENET, T. X, p. 594, 620 et 636.

assister le mineur, puisqu'il est intéressé dans l'acte. Néanmoins, cette analyse des travaux préparatoires montre bien que jamais la curatelle n'est dévolue de plein droit à l'ancien tuteur, quand bien même ce serait le père ou la mère.

Enfin, le Code n'a pas institué de curatelle légale comme il a institué une tutelle légale, et le seul article qui fasse mention de la nomination du curateur, organise cette nomination par le conseil de famille. D'ailleurs, si on voulait suppléer au silence du Code, en se reportant pour le mode de nomination du curateur aux règles relatives au mode de désignation des tuteurs, il ne serait pas logique de faire des restrictions comme le font la plupart des auteurs que nous avons étudiés : il faudrait admettre ces règles en bloc, ce qui conduirait à décider qu'il y aurait aussi une curatelle testamentaire, conséquence devant laquelle tous les auteurs ont reculé, en présence du silence absolu de la loi.

A cela, on peut ajouter un argument de raison : il pourrait être quelquefois contraire à la morale de placer un jeune homme nouvellement investi de ses droits, et qui ne pourrait pas toujours jouir d'une liberté d'action suffisante, à côté d'un curateur dont les sentiments l'exposeraient à de regrettables conflits ; mieux vaut

donc s'en rapporter au conseil de famille pour le choix du curateur¹.

Dans le sens de notre opinion, nous pouvons citer : Caen, 27 juin 4812 ; — Douai, 22 décembre 1883 (D. P. 85, 2, 246).

A cette règle générale, il y a, comme nous l'avons dit, deux exceptions que nous allons examiner.

La première concerne le mari majeur de la femme mineure émancipée ; en effet, d'après l'opinion commune, on décide que le mari majeur est de droit le curateur légal de sa femme mineure émancipée. Cette doctrine semble résulter de l'article 2208 Code civil, qui décide que l'expropriation des immeubles de la femme qui ne sont pas en communauté, se poursuit, en cas de minorité de la femme, contre la femme et le mari, qui procède alors avec elle. De là on conclut, avec raison, que le mari remplit dans ce cas le rôle de curateur, puisqu'il n'en est nommé aucun autre à la femme, et cet article ajoute qu'on ne doit nommer un tuteur, c'est-à-dire un curateur, à la femme, qu'en cas de minorité du mari lui-même. En ce sens : rejet, 4 février 1868 (D. P. 68, 1, 393) ; — Aubry et Rau, t. I^{er}, §, p. 546.

1. En ce sens : MM. AUBRY et RAU, t. I^{er}, § 131, p. 546 ; — DEMANTE, t. II, n° 248 *bis* ; — HUC, t. III, n° 480 ; — LAURENT, t. V, n° 208 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, t. I^{er}, n° 1126.

Plusieurs auteurs enseignent pourtant que la femme mariée mineure émancipée n'a pas de curateur, et qu'elle ne peut être assistée que par son mari ou, à son refus, par le conseil de famille, et qu'en cas de séparation de biens, elle devra être assistée par un curateur *ad hoc*, nommé par le conseil de famille ou le tribunal ¹.

La seconde exception résulte de l'article 5-3° de la loi du 15 pluviôse an 13, relative à la tutelle des enfants admis dans les hospices : le receveur de l'hospice remplit les fonctions de curateur à l'égard des enfants émancipés par la commission administrative sous la tutelle de laquelle ils se trouvent placés.

Sauf ces deux exceptions, le conseil de famille est absolument libre dans le choix qu'il veut faire du curateur. Rien ne l'empêche de confier cette fonction, soit à l'ancien tuteur, soit à toute autre personne; mais, dans le cas où le conseil de famille nommerait curateur l'ancien tuteur, comme l'article 480 exige que le compte de tutelle soit rendu au mineur émancipé assisté de son curateur, on devra nommer, pour la reddition du compte de tutelle, un curateur *ad hoc*.

Maintenant, se pose une autre question

1. DEMANTE, T. II, n° 248 *bis*, III. — LAURENT, T. V, n° 209. —
BAUDRY-LACANTINERIE, T. I^{er}, n° 1127. — HUC, T. III, n° 480.

également controversée : c'est celle de savoir en quel lieu doit être convoqué le conseil de famille appelé à nommer un curateur au mineur émancipé. Cette question, par suite, est la même que celle de savoir quel juge de paix sera compétent pour réunir et présider ce conseil de famille.

Un premier système, enseigné par MM. Laurent et Marcadé ¹, décide que c'est au lieu du domicile du mineur émancipé que le conseil de famille doit être convoqué pour la nomination du curateur ; car, par le fait de l'émancipation, le mineur a pu librement choisir un domicile distinct de celui de ses père et mère ou de son tuteur. « Pendant l'émancipation, dit M. Marcadé, la compétence du juge de paix et, par suite, le siège et la composition du conseil de famille doivent suivre le domicile du mineur, tant qu'il n'y a pas eu nomination de curateur ; mais, du moment qu'un curateur a été nommé par le conseil, le siège de ce conseil doit rester invariable. On doit le décider ainsi par analogie avec la tutelle. »

Quant à nous, nous déciderons, avec MM. Demolombe et Aubry et Rau ², que le juge de paix, compétent pour réunir et présider le conseil de

1. LAURENT, T. V, n° 210. — MARCADÉ, T. II, art. 480, n° 2, *in fine*.

2. DEMOLOMBE, T. VIII, n° 245. — AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 131, p. 546, note 2.

famille (et par suite le siège du conseil de famille), sera celui du lieu de l'ouverture de la tutelle quand le mineur sera en tutelle, et celui du domicile quand ce dernier ne sera pas en tutelle. Ainsi, supposons le père émancipant son fils au cours du mariage : le conseil de famille devra se réunir devant le juge de paix du domicile du père, lors même que l'émancipation a été faite devant le juge de paix d'un autre ressort, ou que le mineur émancipé devrait acquérir un domicile ailleurs. Mais, si le tuteur émancipe le mineur après l'ouverture de la tutelle légale, c'est-à-dire après le décès de la mère, le conseil de famille formé devant le juge de paix du siège de cette tutelle restera toujours le même, et devra se réunir devant ce magistrat pour nommer le curateur ; peu importe le changement de domicile du mineur émancipé.

Si l'émancipation du mineur en tutelle est consentie par le conseil de famille, elle aura nécessairement lieu devant le juge de paix de l'ouverture, ainsi que le choix du curateur. Et cette même règle devrait être appliquée, s'il y avait lieu de faire rentrer le mineur en tutelle. En ce sens : Req. 17 décembre 1849 (D. P. 50, 1, 76) ; — Metz, 31 mai 1870.

Les auteurs s'accordent également à reconnaître que les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution des subrogé tuteur et tuteur

sont applicables au curateur ¹. Le conseil de famille aura donc, par analogie avec la tutelle, sur le curateur la même autorité que celle qui lui appartient sur le tuteur. Dans les mêmes cas où nous avons vu que le tuteur pourrait être exclu ou destitué par le conseil de famille, ce dernier pourra destituer et exclure le curateur : c'est au conseil de famille que devront être soumises toutes les causes d'excuse que le curateur voudra faire valoir.

§ 2

ROLE DU CONSEIL DE FAMILLE AU COURS DE L'ÉMANCIPATION.

L'émancipation produit un double effet : elle affranchit le mineur de la puissance paternelle et de l'autorité tutélaire, et le rend capable d'accomplir un certain nombre d'actes de la vie civile. Le mineur émancipé peut faire certains actes seul, comme un majeur ; il n'en peut faire d'autres qu'avec l'assistance de son curateur, d'autres encore qu'avec l'assistance du curateur et l'autorisation du conseil de famille ; certains enfin sont réglés par des dispositions spéciales.

Aussi est-il facile à comprendre que les attributions du conseil de famille seront moins

1. AUBRY et RAU, T. 1^{er}, § 129, p. 539.

nombreuses au cours de l'émancipation que durant la tutelle.

D'une manière générale, pendant le cours de l'émancipation, les fonctions du conseil de famille consisteront à autoriser le mineur émancipé à faire des actes pour la validité desquels l'assistance du curateur ne pourrait suffire : ce n'est plus alors le curateur qui se fait autoriser par le conseil de famille à assister le mineur, comme cela avait lieu dans la tutelle ; mais, en matière de curatelle, c'est le mineur lui-même qui se fait autoriser et qui, une fois autorisé, agit seul.

Ces principes résultent des travaux préparatoires ; cette assistance du curateur était, en effet, de règle dans la rédaction primitive de l'article 484, tel qu'il avait été proposé par le Tribunat : « Tous les autres actes, etc., qui ne
« seront pas de pure administration, disait ce
« texte, ne pourront être faits que sous l'assis-
« tance du curateur, et suivant les formes pres-
« crites à l'égard du mineur non émancipé. »
Mais le Conseil d'État retrancha de cet article les mots : « Sous l'assistance du curateur. » Cette solution, du reste, se comprend fort bien ; car, pour ces sortes d'actes, le mineur émancipé est suffisamment protégé par l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.

I.

Comme dans la tutelle, les attributions du conseil de famille pendant la curatelle ont trait à la personne et aux biens du mineur émancipé. Mais, comme nous avons vu que l'émancipation avait pour résultat, quant à la personne du mineur émancipé, de faire cesser la puissance paternelle, et de le mettre pour ainsi dire dans la même situation que s'il était majeur, les attributions du conseil de famille touchant la personne se trouveront beaucoup moins importantes que pendant la tutelle. Le mineur émancipé, en effet, n'est plus soumis au droit de garde ni au droit de correction ; il jouit de la plus grande liberté : il peut embrasser la carrière qui lui convient, sauf en ce qui concerne l'état de commerçant, pour lequel la loi exige de lui certaines conditions spéciales. Il peut même quitter le domicile de sa famille et s'en choisir un autre là où bon lui semble.

Pendant l'émancipation, les attributions du conseil de famille quant à la personne du mineur émancipé, sont réduites à trois :

1^o *Mariage*. — Quand le mineur émancipé a encore père ou mère ou ascendant, il lui suffit de leur assistance pour la célébration du

mariage et la rédaction du contrat de mariage. (Art. 160, 1398 Code civ.)

C'est alors, quand il n'a plus ses proches parents, qu'il lui faut pour se marier une délibération du conseil de famille qui autorise le curateur ou toute autre personne à l'assister devant l'officier de l'état civil, et aussi devant le notaire, si on a à débattre les conventions matrimoniales, absolument comme pour le mineur non émancipé. (Art. 160, 1398.)

A défaut d'ascendants, le curateur ne pourra former opposition au mariage du mineur émancipé qu'en vertu d'une autorisation du conseil de famille, et seulement dans les deux mêmes cas que pour le mineur non émancipé. (Art. 174, 175.)

2^e *Engagement religieux*. — Les décrets des 18 février 1809 et 2 février 1810 exigent, pour l'engagement dans les congrégations hospitalières de femmes, que les novices, dans les mêmes cas et suivant les mêmes formes où les mineurs doivent l'être pour se marier ; d'où il suit que les enfants mineurs émancipés ne peuvent entrer dans une congrégation religieuse hospitalière sans le consentement de leur père, de leur mère, de leur aïeul, s'ils existent encore, et, en cas de décès ou d'empêchement de ces derniers, sans le consentement donné par le conseil de famille.

3^e Retrait d'émancipation. — Le retrait d'émancipation ayant pour résultat de replacer le mineur émancipé en puissance, et le remplaçant à nouveau, quant à la personne, sous l'autorité d'un tiers, nous avons cru devoir l'étudier en même temps que les autres attributions du conseil de famille relatives à la personne.

Les articles 484 et 485, qui ont trait au retrait de l'émancipation, sont ainsi conçus : « A l'égard
« des obligations qu'il aurait contractées par
« voie d'achats ou autrement, dit l'art 484, elles
« seront réductibles en cas d'excès : les tribu-
« naux prendront à ce sujet en considération
« la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise
« foi des personnes qui auront contracté, l'utilité
« ou l'inutilité des dépenses. » Et l'article 485 ajoute que : « Tout mineur émancipé dont les
« engagements auraient été réduits en vertu de
« l'article précédent, pourra être privé du béné-
« fice de l'émancipation. »

C'est donc le conseil de famille qui est compétent pour retirer au mineur émancipé le bénéfice de l'émancipation, et cela, dans les mêmes cas où nous avons vu qu'il pouvait l'émanciper, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'émancipation a été conférée par le père, la mère ou le conseil de famille lui-même. Comme les deux textes que nous venons de citer sont deux textes d'exception, nous déciderons qu'il

ne serait pas du pouvoir du conseil de famille de retirer l'émancipation au mineur émancipé pour toute autre cause que celles spécifiées par l'article 485, c'est-à-dire pour les cas où les engagements du mineur ont été réduits conformément à l'article 484. (En ce sens: Toulouse, 15 novembre 1882.)

Le mineur émancipé pourra-t-il exercer un recours contre la délibération du conseil de famille qui lui enlève le bénéfice de l'émancipation ?

Un point qui n'est pas contesté, c'est que, si la révocation est l'œuvre du père, le mineur ne pourra pas avoir d'action directe pour faire annuler la révocation, parce que l'enfant n'a aucune action contre son père à raison de l'exercice de la puissance paternelle. Nous admettrons la même solution pour la révocation émanant du conseil de famille ; car nous avons admis, en traitant du mineur en tutelle, que le conseil de famille exerçait la puissance paternelle après la mort du père ou de la mère, et c'est là un droit absolu qu'il n'appartient pas aux tribunaux de contrôler.

Il n'y a qu'un seul cas qui puisse permettre au mineur d'exercer un recours, c'est lorsque la révocation est nulle en la forme.

C'est ce qui arriverait si le père ou le conseil de famille n'avaient pas observé les dispositions

prescrites par la loi, si, par exemple, cette révocation avait été faite sans que les engagements du mineur aient été réduits ou, tout au moins, déclarés réductibles.

II.

Le mineur émancipé ne peut faire aucun acte sans observer les formes prescrites par la loi, c'est-à-dire l'autorisation du conseil de famille, et même l'homologation du tribunal, en dehors des actes de pure administration, et de ceux pour lesquels l'assistance du curateur est suffisante.

Pour étudier ces différents actes, nous suivrons le même ordre que celui que nous avons suivi lorsque nous traitions du mineur en tutelle.

1° Emprunts. — Aux termes de l'article 483 :
« Le mineur émancipé ne pourra faire d'em-
« prunts sous aucun prétexte, sans une délibé-
« ration du conseil de famille homologuée par
« le tribunal de première instance, après avoir
« entendu le procureur de la République. »

Une théorie a voulu soutenir que cette autorisation pouvait être accordée, non seulement dans le cas de nécessité absolue ou d'avantage évident, conformément à l'article 457 du Code

Code civil, mais même aussi lorsqu'il y avait espérance d'avantage. Mais cette interprétation est difficile à admettre en présence de l'article 484, qui assimile complètement la gestion du mineur émancipé à celle du tuteur pour les actes autres que ceux d'administration, et qui semble bien, par son caractère général et absolu, corriger la signification apparente de l'article précédent. Si, du reste, on consulte les travaux préparatoires, il semble bien que l'article 483 Code civil aurait dû être supprimé ; le projet du titre X, en effet, communiqué au Tribunal, ne contenait que la disposition qui est devenue l'article 483, et ce fut par le Tribunal que fut introduit le principe consacré par l'article 484, assimilant le mineur émancipé au mineur en tutelle. En parlant des emprunts, l'orateur du gouvernement disait : « Ce fléau de l'inexpérience, qui ne doit pas exister, même pour un mineur émancipé ¹. »

2° *Aliénations d'immeubles.* — Nous renverrons, en ce qui touche à l'aliénation des immeubles appartenant aux mineurs émancipés, aux règles que nous avons posées pour l'aliénation des immeubles appartenant au mineur en tutelle.

3° *Aliénation des meubles incorporels.* — Nous

1. En ce sens : DEMOLOMBE, T. VIII, n° 322 ; — AUBRY et RAU, T. 1^{er}, § 134, p. 556, note 1 ; — LAURENT, T. V., n° 232 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, T. 1^{er}, n° 1142.

n'avons pas à nous occuper ici de l'aliénation des meubles corporels du mineur émancipé ; cette partie de ses biens ne dépend pas en effet du conseil de famille, et il peut les administrer sans l'autorisation de celui-ci.

A l'égard des aliénations des capitaux mobiliers et des meubles incorporels, avant la loi du 27 février 1880, le Code civil ne contenait aucune disposition particulière. Le mineur émancipé pouvait alors, en vertu de l'article 482 Code civ., recevoir un capital mobilier, en donner décharge, et aussi aliéner ses meubles incorporels avec la seule assistance de son curateur. Mais, comme pour le mineur en tutelle, des lois spéciales vinrent restreindre l'étendue de ces pouvoirs : la loi du 24 mars 1806 exigea l'autorisation du conseil de famille pour permettre au mineur émancipé d'aliéner des inscriptions de rente sur l'État de plus de cinquante francs. Le décret du 25 septembre 1813 étendit cette règle aux ventes de plus d'une action de la Banque de France.

C'est alors qu'apparut la loi du 27 février 1880. Cette loi, en venant compléter le Code civil, a jeté le trouble davantage dans cette matière. Elle a, en effet, créé des distinctions incompréhensibles entre les divers émancipés.

D'une manière générale, elle a décidé que le mineur émancipé au cours de la tutelle (art. 4),

même assisté de son curateur, devrait observer, pour l'aliénation de ses meubles incorporels, les formes prescrites par les articles précédents de ladite loi à l'égard du mineur en tutelle.

L'article 4-2° dispense expressément de la disposition du premier alinéa le mineur émancipé par le mariage : cette exception est motivée par ce qu'il pourrait y avoir de froissant pour les époux dans l'ingérence d'un conseil de famille dans l'administration des biens mobiliers d'un mineur marié, surtout d'une femme mariée.

Cette même exception s'applique aussi au mineur émancipé pendant le mariage, car l'art. 4 ne statue qu'au sujet du mineur émancipé par le conseil de famille : il serait bizarre que le père curateur ne pût autoriser son enfant mineur émancipé à faire des actes qu'il eût pu faire seul comme administrateur légal, motif qui ne s'appliquera que lorsque le père sera curateur de son fils mineur émancipé. Mais quelle sera donc la capacité de ces deux classes de mineurs émancipés relativement à l'aliénation de leurs valeurs mobilières ? Cette capacité sera encore plus large qu'elle n'était à l'époque où a été promulguée la loi du 27 février 1880 ; car l'article 12 de cette loi a abrogé expressément la loi de 1806 et le décret de 1813. Le mineur émancipé par le mariage ou pendant le mariage ne sera donc soumis qu'aux dispositions de l'article 482 du

Code civil. C'est en ce sens qu'une circulaire du directeur de la Dette Inscrite du 10 mars 1880 décide que, pour les mineurs émancipés en dehors de la tutelle, le service des transferts n'aura plus à demander une délibération du conseil de famille, et ne pourra exiger que l'assistance du curateur aussi bien pour la conversion au porteur que pour l'aliénation. (En ce sens : Civ. rej., 13 août 1883, D. P. 84. 1. 103.)

On ne comprend guère pourquoi le législateur a ainsi créé une distinction entre les différents mineurs émancipés ; car, une fois les motifs que nous avons invoqués pour essayer de justifier ces distinctions disparus, il n'en restera pas moins la même différence entre les mineurs émancipés en cours de tutelle et ceux émancipés par mariage ou pendant le mariage. Si ces deux derniers mineurs, en effet, deviennent l'un veuf et l'autre orphelin, ces événements postérieurs à l'émancipation ne les obligeront pas à observer les formalités prescrites par la loi du 27 février 1880, et alors il n'y aura plus de raison justifiant la distinction faite par cette loi entre les différents mineurs émancipés.

4° *Constitution d'hypothèque.* — Les mêmes formalités seront nécessaires au mineur en curatelle, comme au mineur en tutelle, pour constituer une hypothèque sur ces biens, et cela

même pour les obligations qu'il aura pu contracter seul.

5° *Droits litigieux*. — Le mineur émancipé pourra, aux termes de l'article 482, exercer toutes ses actions, tant immobilières que mobilières, ou y défendre sans avoir besoin de l'autorisation du conseil de famille, avec la simple assistance de son curateur.

Quant à l'acquiescement, certains auteurs, parmi lesquels nous pouvons citer M. Demolombe, invoquant l'article 404, qui, d'après eux, assimile l'acquiescement à l'exercice des actions, décident que le mineur émancipé peut, avec la seule assistance de son curateur, acquiescer aux actions même immobilières intentées contre lui.

Quant à nous, partant du même principe que nous avons posé en traitant du mineur en tutelle, à savoir que l'acquiescement est un abandon du droit, nous pensons que le mineur en curatelle ne pourra le consentir valablement qu'avec l'autorisation du conseil de famille ; du reste, l'article 484, qui est conçu en termes généraux, exige que le mineur émancipé observe les mêmes formes que le tuteur pour tous les actes autres que ceux de pure administration.

6° *Transaction*. — Que devons-nous décider au sujet de la transaction ? Certains auteurs enseignent que le mineur émancipé a le pouvoir

de transiger et de compromettre sur les contestations relativement aux actes de pure administration ¹. Nous n'admettrons pas cette théorie ; nous pensons, en effet, que l'article 481, bien que réputant le mineur émancipé majeur pour tout ce qui est de pure administration, ne lui a pas donné pour cela capacité pour ces sortes de transactions. Cet article, en effet, se borne simplement à dire que, quelles que soient les conséquences des actes d'administration faits par le mineur émancipé, il ne pourra se faire restituer quedanslescasc où le majeur le pourrait lui-même, ce qui est bien différent. Nous pensons donc que le mineur en curatelle ne pourra jamais transiger sans les formes indiquées par l'article 467 et auxquelles renvoie l'article 484.

7° *Successions. — Donations. — Partages.*

Pour accepter ou répudier une succession, la capacité du mineur en curatelle est la même que celle du tuteur. Il ne pourra donc accepter ou répudier une succession sans l'autorisation du conseil de famille. (Arg. art. 484 ².) Mais il n'aura pas besoin de cette autorisation pour accepter une donation : l'assistance de son curateur lui suffira. (Art. 935.)

Il pourra de même, en règle générale, avec la

1. DEMOLOMBE, T. VIII, n° 281. — AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 132, p. 149 note 4. — BAUDRY-LACANTINERIE, T. I^{er}, n° 1142. — HUC, T. III, n° 484.

2. En ce sens : Douai, 30 mai 1856 (D. P. 57, 2, 10).

seule assistance de son curateur, introduire une action en partage. (Art. 840 ¹.) Cependant, la jurisprudence, assimilant la licitation d'immeubles à l'aliénation, décide que, lorsqu'il y aura lieu à licitation, il faudra l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. (En ce sens : Dunkerque, 30 mai 1856, D. P. 57, 2, 10.)

7° *Du mineur commerçant.* — Il y a encore une hypothèse dans laquelle l'autorisation du conseil de famille est nécessaire au mineur émancipé : c'est pour l'habilitier à faire le commerce. Nous allons l'examiner. Mais ce n'est qu'à défaut des parents du mineur émancipé que le conseil de famille décide si le mineur est apte à recevoir cette autorisation.

Le concours de quatre conditions est indispensable pour qu'un mineur puisse être commerçant ou même faire des actes de commerce isolés. Il faut : 1° qu'il soit émancipé expressément ou tacitement par le mariage ; 2° qu'il ait dix-huit ans révolus ; 3° qu'il « ait été préalablement autorisé par son père ou par sa mère, « en cas de décès, interdiction ou absence du « père, ou, à défaut du père ou de la mère, par « une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal civil » ; 4° que l'acte

1, En ce sens : AUBRY et RAU, T. 1^{er}, § 135, p. 553, note 13 ; — LAURENT, T. V. n° 826 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, T. 1^{er}, n° 1137.

d'autorisation ait été « enregistré et affiché
« au tribunal de commerce où le mineur veut
« établir son domicile ». (Art. 2, 3 Cod. com.)

Ordinairement, cette autorisation se donne dans l'acte et à la suite de l'émancipation expresse devant le juge ; mais elle pourrait être donnée devant le notaire ou devant le greffier du tribunal de commerce.

Ainsi autorisé, « le mineur émancipé qui « fait un commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce ». (Art. 487 C. civ.) Il a donc capacité pour « engager et hypothéquer » ses immeubles sans être autorisé ; mais il ne peut les aliéner qu'en suivant les formalités prescrites par les articles 457 et suiv. du Code civil (art. 6 Code com.), c'est-à-dire en vertu d'une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal.

Le conseil de famille, une fois l'autorisation donnée au mineur émancipé de faire le commerce, peut-il retirer cette autorisation ?

Nous pensons, avec la majorité des auteurs, que le conseil de famille, ayant qualité pour donner cette autorisation, peut aussi la retirer ; elle ne pourra cependant être retirée selon le caprice et la volonté du conseil, mais pour des raisons majeures, et en sauvegardant les intérêts acquis aux tiers. Du reste, le mineur aura toujours le droit de se pourvoir en justice pour

attaquer la délibération lui enlevant cette autorisation.

Cette autorisation, pense M. Demolombe ¹, pourra même être retirée au mineur émancipé, tout en lui conservant le bénéfice de l'émancipation. En parlant du retrait de cette autorisation, il dit : « Elle pourrait être retirée directement et isolément au mineur émancipé, et la marche à suivre consisterait à demander au tribunal civil de prononcer cette révocation. »

1. DEMOLOMBE, T. VIII, n° 355.

CHAPITRE VI

ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE EN CE QUI CONCERNE LES INTERDITS.

A côté des mineurs se trouvent d'autres incapables qui, eux aussi, sont en tutelle : ce sont les interdits.

Les interdits sont, pour l'administration de leur personne et de leurs biens, assimilés par l'article 500 aux mineurs, et les attributions que nous avons examinées au cours de cette étude, appartenant au conseil de famille dans la tutelle des mineurs, sont les mêmes dans la tutelle des interdits : nous n'aurons à étudier que celles qui, par leur caractère, sont tout à fait spéciales aux interdits.

D'une manière générale, le mot interdiction indique l'état d'une personne qui est privée de l'exercice de ses droits civils. Cet état de choses résulte, soit d'une condamnation criminelle, soit d'un jugement civil ; d'où deux sortes d'interdictions : l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire. Nous nous occuperons d'abord de l'interdiction judiciaire, et ensuite de l'interdiction légale.

§ 1^{er}

DE L'INTERDICTION JUDICIAIRE.

A Rome, on n'interdisait que le prodigue en lui donnant un curateur¹. Dans notre ancienne jurisprudence, au contraire, on appliquait l'interdiction, non seulement aux prodigues, mais encore à ceux qui se trouvaient incapables de se gouverner eux-mêmes, soit à cause d'une infirmité, soit à cause du dérangement de leur raison, et, aux uns comme aux autres, on nommait un curateur².

L'interdiction judiciaire est une mesure qui paralyse complètement la capacité de la personne en même temps que, en fait, elle lui enlève presque toujours la liberté individuelle et le blesse dans son amour-propre.

Bien que la plupart des règles que nous avons étudiées, touchant soit la composition, la convocation ou les attributions du conseil de famille, s'appliquent aussi bien au conseil de famille de l'interdit qu'à celui du mineur, nous devons signaler cependant certaines règles spéciales.

1. L. 1^{re}, *De curat. furios.*, Dig.

2. MESLÉ, *Des minorités*, partie II^e, ch. VIII.

1° Composition du conseil de famille. — « Sur
« le rapport du Juge et les conclusions du
« ministère public, le tribunal ordonne que le
« conseil de famille, formé selon le mode déter-
« miné par le Code civil, section IV du cha-
« pitre II au titre : De la Minorité, de la Tutelle
« et de l'Émancipation, donnera son avis sur
« l'état de la personne dont l'interdiction est
« demandée. » (Art. 892 Code proc. civ.)

« Ceux qui auront provoqué l'interdiction ne
« pourront faire partie du conseil de famille ;
« cependant, l'époux ou l'épouse et les enfants
« de la personne dont l'interdiction sera provo-
« quée, pourront y être admis sans y avoir voix
« délibérative. » (Art. 495 Code civ.)

Tels sont les textes qui régissent la matière.

Aux termes de l'article 494 Code civil, le conseil de famille doit intervenir nécessairement avant la prononciation du jugement : c'est une règle posée dans l'intérêt des personnes dont on provoque l'interdiction. Cet article crée une véritable obligation pour le tribunal, qui ne pourrait se dispenser de recourir à cette mesure préalable : « Le tribunal ordonnera », dit-il en effet.

Nous remarquerons qu'aux termes des deux articles que nous avons cités tout d'abord, le législateur exclut du premier conseil de famille « ceux qui auront provoqué l'interdiction »,

sans distinguer leur degré de parenté. Ce qu'il faut surtout remarquer, c'est que l'article 495 introduit dans la composition du conseil de famille de l'interdit un élément nouveau que nous n'avons jamais trouvé dans la composition du conseil de famille du mineur; c'est l'élément consultatif : cet article permet en effet d'y appeler l'époux ou l'épouse et les enfants ¹. Le législateur a admis ce nouvel élément, pensant, à juste titre, que ce seront les parents qui devront être les plus aptes à fournir au tribunal toutes les appréciations nécessaires sur la nature de la maladie et du dérangement des facultés mentales de la personne que l'on veut interdire. Néanmoins, il ne leur a donné que voix consultative, pensant qu'ils pourraient quelquefois être intéressés à voir admettre leur demande dans l'intention d'accaparer le patrimoine de cette personne, dont ils sont peut-être héritiers présumptifs, et qu'ils pourraient être portés à exagérer la faiblesse d'esprit de leur parent.

Ce conseil de famille ainsi constitué ne fait que donner un avis; mais le tribunal n'est pas lié par sa décision, et il pourra toujours rejeter la demande en interdiction.

Une fois l'incapacité de l'aliéné judiciairement reconnue, le conseil de famille se réunit

1. Bruxelles, 21 juin 1894.

une seconde fois pour procéder à l'organisation de la tutelle.

Le second conseil de famille sera évidemment en principe composé des membres qui auront déjà formé le premier, et auront donné leur avis sur l'état de la personne à interdire. Mais aucune disposition ne s'oppose alors à ce que celui qui aura provoqué l'interdiction puisse faire partie du conseil de famille qui nomme un tuteur ou un subrogé tuteur à l'interdit; ses fils eux-mêmes peuvent prendre part à ce vote: nous rentrons dans le droit commun.

Ici se pose une question : la femme de l'interdit pourra-t-elle faire partie du conseil de famille ?

On a soutenu l'affirmative : les partisans de ce système invoquent l'article 495, qui, disent-ils, en permettant à la femme de siéger au conseil de famille, encore qu'elle soit demanderesse en interdiction, a entendu lui donner par là même une situation privilégiée, puisque, d'ordinaire, les demandeurs en interdiction sont exclus du conseil de famille. A cet argument, ils ajoutent un argument *a fortiori* : puisque, disent-ils, ces derniers eux-mêmes peuvent faire partie du conseil de famille une fois le jugement d'interdiction prononcé; il semble que l'on doive décider *a fortiori* que la femme peut faire partie également du conseil de famille.

Du reste, ajoutent-ils, il serait difficile de ne pas admettre la femme au conseil de famille, puisque l'article 507 lui permet d'être nommée tutrice de son mari interdit.

Nous adopterons l'opinion préconisée par la majorité des auteurs, en nous plaçant, du reste, au point de vue du principe du droit commun. En principe, en effet, à défaut d'un texte exceptionnel qui l'y appelle, l'épouse est écartée du conseil de famille par la règle générale qui déclare les femmes incapables d'être membres d'un conseil de famille, excepté la mère et les ascendantes veuves. (Art. 442, 494, 507, 509 Code civ.) A cet argument, nous ajouterons que, si l'article 495 admet la femme dans le premier conseil de famille, ce n'est qu'avec voix consultative, parce qu'elle est la mieux placée pour donner un avis sur l'état mental de son mari. Mais il y a loin de là à conclure qu'elle pourra être membre actif du conseil de famille de son mari interdit, avec voix délibérative. Quant à l'article 407, c'est un texte faisant exception à l'article 442, et que l'on doit interpréter strictement¹.

La tutelle de l'interdit est toujours dative. C'est ce qui résulte de l'article 505, qui est ainsi

1. En ce sens : Paris, 24 février 1853 (Sirey, 53. 2. 463). — Montpellier, 29 juillet 1862 (Sirey, 62. 2. 367) ; — DEMOLOMBE, T. VIII, n° 500 ; — DEMANTE, T. II, n° 267 *bis* ; — AUBRY et RAU, p. 519.

conçu : « S'il n'y a pas d'appel du jugement
« d'interdiction rendu en première instance, ou
« s'il est confirmé sur appel, il sera pourvu à la
« nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur
« à l'interdit, suivant les règles prescrites au
« titre De la Minorité de la Tutelle et de l'Éman-
« cipation. » Cette disposition se comprend
facilement, car les raisons qui existaient pour
le mineur n'existent plus ici ; les rapports de
l'interdit avec ses ascendants ont du, en effet,
se modifier à raison de son âge.

A cette règle, l'article 506 fait néanmoins une
exception en faveur du mari ; d'après M. Lau-
rent cette exception n'est qu'une conséquence
du principe édicté par les articles 212 et 213 du
Code civil, dans lesquels le mariage impose au
mari l'obligation de protéger sa femme et de lui
donner secours et assistance.

L'article 507 permet également de nommer la
femme tutrice de son mari interdit ; mais ce
n'est là qu'une simple faculté, et, en ce cas, le
conseil de famille jouit d'une pleine liberté.

2° *Attributions du conseil de famille.* — En
principe, les attributions du conseil de famille
de l'interdit au cours de la tutelle sont les mêmes
que celles du conseil de famille du mineur.

Il appartient donc à ce conseil de famille de
régler l'emploi des revenus de l'interdit, eu
égard à la gravité de sa maladie, à l'importance

de sa fortune, à sa position sociale, au nombre de ses enfants. (Art. 454 et 509.)

Le tuteur d'un interdit, en entrant en fonctions, doit donc, ainsi que celui d'un mineur, faire fixer par le conseil de famille le chiffre de la somme qui devra être employée chaque année pour l'interdit.

Le conseil de famille, en ce cas, ne devra pas suivre les mêmes principes d'économie qui s'imposent lorsqu'il s'agit d'un mineur. Il devra prendre en considération la situation intellectuelle et physique de l'interdit : « Les revenus
« d'un interdit doivent être essentiellement
« employés à adoucir son sort et à accé-
« lérer sa guérison. Selon les caractères de
« sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil
« de famille pourra arrêter qu'il sera traité
« dans son domicile, ou qu'il sera placé
« dans une maison de santé et même dans un
« hospice. »

C'est donc un droit et même quelquefois un devoir pour le conseil de famille de faire traiter l'interdit dans une maison de santé privée ou dans un établissement sanitaire. Ce droit a été confirmé par la loi du 30 juin 1838, art. 8, qui confère au tuteur de l'interdit la faculté de former une demande d'admission dans un établissement public d'aliénés, disposition que l'on interprète dans le sens que le tuteur ne peut

provoquer l'admission qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille.

Que décider du mari, tuteur légal de sa femme interdite ?

Une théorie enseignée par MM. Laurent et Demante décide que, même dans ce cas, il appartient à un conseil de famille (conformément à l'article 510) de déterminer le lieu où la femme sera traitée. Ces auteurs s'appuient sur le texte et le rapprochement des articles 509 et 510, qui ne font aucune distinction dans leur généralité, et sur les principes d'humanité qui ont dicté l'article 510. Ces articles, ne visant que la guérison du malade, ajoutent ces auteurs, n'ont pas fait de différence entre une épouse et un étranger, et ont compris que, dans une telle situation, le plus sûr refuge était la famille. De plus, il est difficile de penser, disent MM. Laurent et Demante, que la famille éloignera la femme de son mari s'il n'y a pas de graves raisons qui lui commandent d'agir ainsi.

Quant à nous, contrairement à cette opinion, nous déciderons que le mari conservera sur sa femme interdite les droits résultant de la puissance maritale et des conventions matrimoniales, notamment en ce qui concerne la personne : « C'est ainsi, dit M. Demolombe¹, qu'il

1. DEMOLOMBE, T. VIII, n° 592. — AULRY et RAU., T. I^{er}, § 126, texte et note 16.

« peut déterminer le lieu de résidence de sa
« femme, si elle sera soignée par lui dans sa
« demeure ou placée dans une maison de
« santé. »

Il nous semblerait difficile à admettre que les rapports résultant du mariage puissent être altérés par la volonté du conseil de famille, enlevant une femme à son mari pour la placer dans un hospice.

Les interdits étant, pour l'administration de leurs biens, assimilés aux mineurs par l'article 509, les attributions du conseil de famille, que nous avons étudiées en nous occupant de l'administration des biens des mineurs, appartiennent de même au conseil de famille dans l'administration des biens des interdits.

L'article 507 crée une exception au principe que nous avons émis, d'après lequel le conseil de famille ne pouvait soumettre l'administration de la tutelle à aucune condition autre que celles que la loi a expressément prévues : cette exception s'applique au cas où le conseil de famille a déferé la tutelle de l'interdit à sa femme. Dans cette hypothèse, le conseil de famille peut, d'une manière générale, régler les formes et conditions de l'administration de celle-ci. Cet article dispose que : « En ce cas, le conseil de famille
« réglera la forme et les conditions administra-
« tives, sauf le recours devant les tribunaux de

« la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de
« la famille. » La rédaction de cette disposition
fut modifiée lors de la rédaction du Code civil ;
la disposition du projet qui correspondait à
l'article 507 était en effet ainsi conçu : « En ce
cas, le conseil de famille réglera la forme et les
conditions dans lesquelles l'administration doit
être déferée à la femme, le tout conformément
aux conventions matrimoniales qui règlent les
droits respectifs des époux. » Locré, t. VI, dit
que cette disposition a été changée, parce qu'elle
n'indiquait pas suffisamment le rôle que le
législateur avait entendu attribuer au conseil de
famille. « On l'a généralisée, dit-il, de manière
qu'il devienne évident que le conseil de famille
demeure autorisé à régler toutes les difficultés
que l'interdiction du mari peut faire naître. »

« La dot ou l'avancement d'hoirie, dit l'ar-
« ticle 1511, et les autres conventions matrimo-
« niales seront réglées par un avis du conseil
« de famille, homologué par le tribunal sur les
conclusions du Procureur de la République. »
C'est là une disposition importante et tout à fait
exceptionnelle à la règle que l'on ne peut pas
disposer à titre gratuit des biens d'autrui. Le
motif de cette disposition se comprend fort bien ;
car l'interdit, ne pouvant lui-même faire une
donation, même dans un intervalle lucide (art.
502), il serait difficile de concevoir qu'on pût

priver ses enfants de cet avantage, d'autant plus qu'il n'y a rien à craindre, l'égalité entre les enfants ne pouvant être rompue par le conseil de famille. Pour les mêmes motifs, quoique la loi n'ait rien dit, nous étendrons cette disposition au cas où il s'agirait de l'établissement de l'enfant. Le conseil de famille devra aussi régler les conditions matrimoniales de l'enfant de l'interdit qui contractera mariage, lorsqu'il sera mineur.

Enfin, le conseil de famille devra encore intervenir lorsqu'une fois l'aliéné guéri, l'interdiction devra cesser. « Néanmoins, la mainlevée ne sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites pour parvenir à l'interdiction. » (Art. 512.) Le tribunal saisi de la mainlevée devra donc ordonner que le conseil de famille donne son avis sur l'état de la personne.

§ 2

DE L'INTERDICTION LÉGALE.

Les individus qui sont dans un état habituel d'imbécillité, de démence et de fureur ne sont pas les seuls qui soient soumis à l'interdiction : sous notre législation actuelle, le conseil de famille est également appelé à nommer un

tuteur et un subrogé tuteur à tout homme ou femme, majeur ou mineur condamné à certaines peines criminelles.

« La condamnation à la peine des travaux
« forcés à temps, de la détention, de la reclusion,
« du bannissement, emportera la dégradation
« civique. La dégradation sera encourue du
« jour où la condamnation sera devenue irré-
« vocable et, en cas de condamnation par con-
« tumace, du jour de l'exécution par effigie. »
(Art 28 Cod. pén.)

« Quiconque aura été condamné à la peine
« des travaux forcés à temps, de la détention ou
« de la reclusion sera de plus, pendant la durée
« de sa peine, en état d'interdiction légale ; il
« lui sera nommé un tuteur, pour gérer et
« administrer ses biens, dans les formes
« prescrites pour les nominations des tuteurs
« et subrogés tuteurs aux interdits. » (Art. 29
Cod. pén.)

De plus la loi du 31 mai 1854, en abolissant la mort civile qui résultait de la condamnation aux travaux forcés à perpétuité ou à la déportation, déclare dans son art. 2 que : « La condamnation à des peines afflictives perpétuelles emporte la dégradation civique et l'interdiction légale établie par les articles 28, 29 Cod. pén. »

Il y a une grande différence entre l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire. En effet,

tandis que la tutelle des mineurs et des interdits judiciairement s'applique à leur personne et à leurs biens, la tutelle légale, qui n'est pas une mesure de protection, mais une peine, ne s'applique qu'aux biens.

Le conseil de famille a les mêmes attributions que dans la tutelle des mineurs et des interdits judiciaires, quant à l'administration des biens du condamné. Mais d'après l'article 31 du Code pénal, il ne peut être remis au condamné, pendant la durée de sa peine, aucune somme, aucune provision, aucun de ses revenus, ce qui pourrait lui permettre d'adoucir son sort ou de corrompre ses gardiens pour s'évader.

L'interdit légalement devant être assimilé à l'interdit judiciaire, nous n'hésiterons pas à accorder au conseil de famille le droit de doter ses enfants, de même que ceux de l'interdit judiciaire, d'autant plus qu'en ce cas les motifs sont analogues à ceux qui ont fait admettre cette disposition en ce qui concerne l'interdiction judiciaire.

Les autres règles en ce qui touche l'administration des biens de l'interdit légal étant, comme nous l'avons dit déjà, les mêmes que celles qui concernent la tutelle des mineurs ou celle des interdits judiciaires, nous n'insisterons pas davantage. Nous nous bornerons à faire remarquer seulement qu'à la différence de ce

qui arrive pour l'interdit judiciaire, l'interdiction légale étant une peine, le conseil de famille ne pourra pas accepter une donation ou un legs pour l'interdit légal ; il n'aura la faculté que d'accepter une succession ab intestat.

§ 3

ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE EN CE QUI CONCERNE LES
ALIÉNÉS NON INTERDITS.

Les interdits sont en tutelle et, par conséquent, placés sous la protection supérieure du conseil de famille. Mais tous les aliénés ne sont pas interdits ; seulement, la loi du 30 juin 1838 a permis de faire interner dans des établissements spéciaux ceux dont l'état mental réclamait cette mesure.

Néanmoins, quoiqu'il n'y ait pas de tutelle établie en ce cas, le conseil de famille doit intervenir dans deux hypothèses.

1° Les biens des individus placés dans les établissements sont gérés par un membre de la commission administrative ; mais, si cette commission pense qu'il est préférable que les fonctions d'administrateur provisoire soient confiées à une autre personne, elle peut en faire nommer une. Elle a ce droit concurremment avec d'autres personnes indiquées par l'article 32 de la loi du

30 juin 1838. C'est le tribunal qui désigne alors l'administrateur provisoire ; mais cette nomination n'est faite par le tribunal qu'après délibération du conseil de famille, le rôle du conseil de famille se borne là : si l'administrateur provisoire a besoin de se faire autoriser pour tel ou tel acte, ce ne sera pas au conseil de famille qu'il devra demander cette autorisation, mais au tribunal.

2° Le conseil de famille intervient encore, en vertu de la loi de 1838, pour la sortie de l'aliéné.

L'art. 14-5° dit : « La personne qui aura signé
« la demande d'admission, à moins qu'un parent
« n'ait déclaré s'opposer à ce qu'elle use de cette
« faculté sans l'assentiment du conseil de fa-
« mille. » Et le même article *in fine* ajoute : « S'il
« résulte d'une opposition, notifiée au chef de
« l'établissement par un ayant droit, qu'il y a
« dissentiment, soit entre les ascendants, soit
« entre les descendants, le conseil de famille
« prononcera. »

Enfin, aux termes de l'article 8 de la loi du 25 février 1880, les dispositions de ladite loi sont applicables aux valeurs mobilières appartenant à des aliénés non interdits, mais renfermés dans un établissement d'aliénés. Lorsqu'il s'agira donc d'aliéner ou de convertir des valeurs incorporelles, même inférieures à 1.500 francs, l'admi-

nistrateur provisoire devra se faire autoriser par le conseil de famille, et, lorsque les valeurs incorporelles dépasseront la somme de 1500 francs, cette autorisation devra être homologuée.

Ce sont là les seules attributions qui appartiennent au conseil de famille en cette matière.

§ 4

ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE EN CE QUI CONCERNE
LES PRODIGES ET LES FAIBLES D'ESPRIT.

Enfin, le conseil de famille doit encore intervenir à propos d'une autre classe d'incapables, mais alors son rôle est de peu d'importance : c'est en ce qui concerne les prodiges qui ne sont pas interdits. Dans notre droit, ils ne sont pourvus que d'un conseil judiciaire, sans l'assistance duquel ils ne peuvent faire certains actes que l'article 513 du Code civil énumère, mais ils ne sont pas en tutelle.

Le conseil de famille n'aura en ce cas qu'à intervenir : lorsqu'il sera question de nommer un conseil judiciaire à un individu, l'article 514 Cod. civ. dit que cette demande de nomination doit être instruite et jugée de la même manière qu'une demande en interdiction. Cet article ajoute qu'il en sera de même pour lever

le conseil judiciaire. Il faudra donc appliquer l'article 494, et le tribunal devra ordonner que le conseil de famille sera réuni pour donner son avis sur la demande de nomination d'un conseil judiciaire ; il devra agir de même pour faire lever ce conseil.

CHAPITRE VII.

DES RECOURS CONTRE LES DÉLIBÉRATIONS DU CONSEIL DE FAMILLE.

Tant que le conseil de famille, une fois composé, n'a pas accompli d'actes hors les limites de sa compétence, il n'appartient à personne de critiquer la manière dont il a été composé.

L'appréciation faite avant toute délibération sur la régularité de la convocation d'un conseil de famille ou sur toute autre difficulté, rentre exclusivement dans les attributions gracieuses du Juge de paix, sauf recours ultérieur au tribunal civil. Le tribunal de première instance ne peut être appelé à apprécier cette composition qu'à l'occasion d'une délibération émanant du conseil, à moins toutefois qu'il ne s'élève une question d'état ; le Juge de paix doit alors renvoyer immédiatement devant les juges compétents et dresser un procès-verbal d'ajournement.

Mais, une fois le conseil de famille en exercice, il n'est plus juge du mérite de ses délibérations. S'il s'élève quelques difficultés sur l'exécution de ces délibérations ou à leur occasion, c'est aux tribunaux de les trancher.

Le Code civil a établi un moyen pour attaquer les délibérations du conseil de famille dans les articles 426, 440, 448, 449, et le Code de procédure civile a organisé et généralisé ce mode de recours dans les articles 883 à 889.

Une première règle à poser, c'est que toute délibération du conseil de famille peut être attaquée devant les tribunaux, sans distinguer si elle est ou non sujette à l'homologation, et quand bien même elle aurait été homologuée. C'est ainsi qu'il a été jugé que la disposition de l'article 883 Code proc. civ., d'après laquelle les délibérations qui ne sont pas prises à l'unanimité peuvent être attaquées devant les tribunaux, s'applique aussi bien aux délibérations qui sont exemptées de l'homologation qu'à celles qui y sont soumises. (Lyon, 14 mai 1862, D. P. 63. 2. 72. — En ce sens : M. Laurent, t. IV, n° 465, et MM. Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 338, texte et note 12.)

L'article 883 semble supposer que la délibération attaquée n'a pas été unanime ; mais, dit-on, il ne résulte pas nécessairement de là qu'il ait été dans l'intention du législateur d'exclure les demandes de nullité dirigées contre les délibérations prises à l'unanimité. De pareilles délibérations pourraient être évidemment attaquées par le tuteur ; elles peuvent l'être également par des membres du conseil de famille. En effet, régler le mode de se pourvoir contre

une délibération qui n'a pas été prise à l'unanimité, ce n'est pas proscrire l'action quand l'unanimité se rencontrera ¹.

Ce recours se comprend facilement, car le législateur a pu penser, avec raison, que les délibérations du conseil de famille pouvaient ne pas être exemptes de légèreté ou d'erreur et que les intérêts du mineur étaient assez graves pour qu'on les soumit à l'examen de la justice.

Les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées soit en la forme, soit au fond.

1° En la forme, c'est-à-dire lorsque les règles que le législateur a prescrites pour la composition et le mode de convocation ou de délibération du conseil de famille n'ont pas été observées.

Ici, se pose cette question : dans quels cas la violation de ces règles doit-elle entraîner la nullité du conseil de famille et le faire considérer comme illégal ?

Le Code civil est muet sur ce point.

Pour la violation des formalités requises par la loi dans la composition et convocation des conseils de famille ou dans le mode de délibérer, nous avons traité cette question dans les divers chapitres où nous nous sommes occupé

1. AUBRY et RAU, T. 1^{er}, § 96, p. 390, note 8. -- LAURENT, T. IV, n° 460. — Colmar, 14 février 1840.

de ces matières, en rapportant les arrêts des tribunaux et les différentes doctrines des auteurs.

Nous avons constaté alors qu'il résulte du dernier état de la jurisprudence que les tribunaux sont seuls appréciateurs des circonstances; qu'ils envisagent avant tout la protection des intérêts du mineur, et que, s'ils reconnaissent, dans l'inobservation des formes prescrites, un préjudice causé au mineur, ou même possible, ils annulent la délibération.

Et de même, nous avons vu qu'ils maintiennent la délibération lorsque l'irrégularité n'est pas substantielle, ou bien que les intérêts du mineur ne doivent pas en souffrir, ou encore lorsque le tout a été fait de bonne foi.

Mais, quand l'irrégularité consiste dans la violation d'une des formes substantielles qui tiennent à l'essence même, au caractère propre de l'assemblée de famille, qui touchent à l'ordre public, et sans lesquelles il n'existe pas de conseil de famille ni de délibération : peu importe que les intérêts du mineur aient souffert ou non de cette irrégularité ; les tribunaux doivent toujours prononcer la nullité.

2^o Quant au fond, c'est-à-dire lorsque l'on prétend que les délibérations du conseil de famille sont contraires aux intérêts du mineur, bien qu'elles aient été régulièrement prises en la forme par une assemblée compétente.

Toutes les délibérations, d'une façon générale, peuvent-elles être attaquées devant le tribunal ?

En ce qui concerne les délibérations qui ont pour objet l'administration des biens du mineur, qu'elles soient ou non sujettes à homologation, il n'y a aucune difficulté. Mais où la difficulté commence à naître, c'est en ce qui concerne les délibérations par lesquelles le conseil de famille exerce, comme substitué au père, un pouvoir domestique comme, par exemple, la délibération par laquelle le conseil de famille accorde ou refuse au mineur une autorisation de mariage ou l'émancipation, ou bien encore les délibérations par lesquelles le conseil de famille exerce les attributions qui lui sont confiées pour la constitution de la tutelle, comme celles par lesquelles il nomme un subrogé tuteur ou un tuteur : c'est ici que naît la controverse.

Un premier système soutient que ces sortes de délibérations ne peuvent point être déferées au magistrat, lors même qu'elles n'auraient pas été prises à l'unanimité, en supposant toutefois qu'il ne s'est présenté, soit contre l'individu nommé tuteur, soit par lui-même aucune cause d'incapacité légale ou d'excuse ; car, en agissant ainsi, le conseil de famille ne fait qu'user d'un droit qui lui est propre, et qui, dans son exercice

régulier et légitime, ne peut tomber sous le contrôle des tribunaux. En effet, le droit qui est conféré par la loi au conseil de famille de nommer dans certains cas le tuteur lui est propre, tout aussi bien que le droit de nommer un tuteur testamentaire est propre au dernier mourant des père et mère. Or, la nomination faite par le dernier mourant des père et mère ne pourra pas être déférée à la revision des tribunaux : pourquoi en serait-il autrement de la nomination du tuteur faite par le conseil de famille, qui exerce la même attribution ?

De même, pour les délibérations qui conservent ou qui retirent la tutelle légale à la mère en cas de convol, l'article 395 du Code civil montre bien que cette décision appartient en dernier ressort au conseil de famille. En exigeant que le second mari soit nécessairement donné comme cotuteur à la mère maintenue dans la tutelle, l'article 396 démontre bien que le conseil de famille est seul juge de ce maintien. Si on décidait autrement, on conférerait au tribunal, dans ce cas particulier et délicat entre tous, le pouvoir de nommer de sa propre autorité à des mineurs un tuteur non agréé par la famille. Ce système est celui de MM. Demolombe, t. VII, n^{os} 140 et 167, — Aubry et Rau, t. I^{er}, § 96, p. 391. — En ce sens : Grenoble, 18 janvier 1854 (D. P. 56, 2, 55) ; — Montpellier,

13 juin 1866 (D. P. 68, 1, 162) ; — Angers, 11 novembre 1875 (D. P. 76, 2, 31).

Le système opposé est celui de MM. Laurent (t. IV, n^{os} 470 et suiv.), Huc (t. II, n^o 231) : il nous paraît préférable. Ces auteurs enseignent que le recours créé par l'article 883 du Code proc. civ. est une disposition générale, applicable, sans aucune exception, à toutes les délibérations du conseil de famille. Le rapport des commissaires du gouvernement Barbier et Moricault au Corps législatif, qualifie l'article 883 « complément du Code civil », et dit qu'il établit, dans l'intérêt des mineurs, une surveillance combinée du conseil de famille et de la justice, pour tous les cas, même lorsqu'il s'agit de la nomination du tuteur. Depuis la promulgation du Code civil, la pratique avait en effet révélé, dans son économie, certains inconvénients auxquels cette disposition a eu pour but d'obvier. Les auteurs du Code de procédure civile ont voulu parer à ces inconvénients en créant un recours sans distinguer les différentes espèces de délibérations, en autorisant un recours contre toutes les délibérations du conseil de famille qui ne seraient pas unanimes. En effet, auparavant, lorsqu'il s'agissait des intérêts les plus importants des mineurs, tels que le choix fait de leur tuteur, le maintien de la tutelle à la mère en cas de second mariage,

l'acceptation des donations ou successions, l'incarcération du mineur demandée pour cause d'inconduite, le consentement ou l'opposition à son mariage, l'acceptation des conditions se rapportant à cet acte, l'émancipation, etc., l'intervention de la justice ne pouvait être requise ; tandis que des intérêts de second ordre, beaucoup moins importants, tels que le plus léger emprunt, l'aliénation des moindres objets, ne pouvaient être réglés par le conseil de famille qu'avec l'assentiment de la justice, les délibérations sur ces graves questions n'étant pas soumises à l'homologation du tribunal. Or, ces délibérations pouvaient, tout aussi bien que les délibérations ayant trait à l'administration, être erronées et prises contrairement aux intérêts des mineurs, entachées de passion et d'aveuglement ; car souvent ces délibérations ne sont pas unanimes, et accusent parfois un dissentiment entre les deux lignes paternelle et maternelle, et peuvent n'être en définitive que l'œuvre du juge de paix, dont la voix est prépondérante en cas de partage. C'est pourquoi l'article 883 édicte un recours sans exception d'espèces, comme nous l'avons dit, contre toutes les délibérations du conseil de famille qui ne seraient pas unanimes.

Il est évident qu'en ce qui concerne une délibération nommant un tuteur, ou un subrogé

tuteur ou un curateur, le tribunal saisi devra se borner à déclarer nulle la nomination faite par le conseil de famille. Ce dernier, convoqué à nouveau, nommera un nouveau tuteur, sans toutefois pouvoir renommer la personne dont le tribunal aura annulé la nomination dans l'intérêt du mineur.

Lorsqu'il s'agit du maintien de la mère dans la tutelle légale, nous pensons, contrairement à l'opinion de MM. Demolombe et Aubry et Rau, que c'est là encore, bien plus qu'en tout autre cas, que le recours au tribunal se justifiera, et sera le plus nécessaire. En effet, nous savons que l'article 448 du Code civil réserve expressément un recours en justice au tuteur exclu ou destitué par le conseil de famille. Comment donc se ferait-il que la loi n'eût pas réservé un pareil recours à la mère en cas de convol, sa situation étant absolument la même, si ce n'est qu'elle entendait bien que la mère remariée bénéficierait sans nul doute de la disposition postérieure de l'article 883 du Code de procédure civile ? En effet, le point de savoir si, dans l'intérêt bien entendu des enfants, la mère doit être maintenue dans les fonctions de tutrice, ne présente aucun élément de nature à n'être parfaitement apprécié par la justice ou dont la discussion publique offre plus d'inconvénients que les débats auxquels donnent lieu la plupart des

questions relatives à l'état des personnes et à la constitution des familles. C'est dans le sens de cette doctrine que la jurisprudence s'est généralement prononcée. (Toulouse, 22 février 1854, D. P. 54, 2, 239. — Nancy, 3 avril 1837, D. P. 57, 2, 175. — Agen, 24 décembre 1860, D. P. 61, 2, 20. — Dijon, 14 mai 1862, D. P. 62, 2, 121. — Rouen, 25 novembre 1868, D. P. 69, 2, 76. — Paris, 19 novembre 1887, D. P. 88, 2, 176. — Dijon, 14 janvier 1891, D. P. 91, 2, 223.)

Voyons quelles personnes peuvent attaquer une délibération. L'article 883 accorde le droit de recours dans l'intérêt du mineur au tuteur, au subrogé tuteur, au curateur et aux membres de l'assemblée qui ont été d'un avis contraire à la décision de la majorité. Doit-on s'en tenir et se borner aux personnes énoncées dans cet article 883, ou bien le droit de se pourvoir contre la délibération du conseil de famille peut-il être exercé par d'autres personnes que celles énumérées par cet article ? Ce droit appartient-il, par exemple, à des parents qui n'auraient pas fait partie du conseil de famille ?

Les auteurs reconnaissent ce droit, unanimement, aux parents ou alliés du mineur qui devaient être appelés au conseil et qui ne l'ont pas été. Il ne peut pas dépendre, en effet, du bon plaisir du juge de paix d'écarter arbitrairement les alliés ou les parents du mineur du conseil de

famille, et ce recours est pour eux un droit et un devoir¹. Si on considère l'esprit de l'article 883, on verra que cet article n'est nullement conçu dans des termes restrictifs, et que son but est de protéger le mieux possible les intérêts du mineur; nous étendrons cette décision aux parents ou alliés qui n'étaient pas appelés à faire partie du conseil de famille; en effet ils ont un intérêt moral qui leur permet d'attaquer une délibération: ils ont l'obligation morale de veiller aux intérêts du mineur².

C'est ainsi, en se basant sur cet esprit de l'article 883, qui envisage avant tout l'intérêt du mineur, que l'on permettra aux membres de l'assemblée de revenir sur une erreur qu'ils auront pu commettre et qu'ils reconnaîtront plus tard: bien qu'ayant voté pour la résolution adoptée, ils pourront néanmoins attaquer la délibération. On permet bien, en effet, au tuteur de demander la nullité des actes que lui-même a faits, parce qu'il agit dans l'intérêt de son pupille: la même raison existe pour les membres du conseil de famille.

L'article 883 n'étant restrictif ni dans son texte ni dans son esprit, un tiers, en dehors des parents ou alliés du mineur, pourrait-il attaquer la déli-

1. AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 96, p. 389, note II. — LAURENT, T. IV, n° 466. — DEMOLOMBE, T. VII, n° 338. — HUC, T. III, n° 319.

2. *Contrà*: Dijon, 13 janvier 1858 (D. P. 60, 2, 179).

bération du conseil de famille, s'il arrivait qu'elle blessât ses intérêts privés ? Le Code civil offre ce recours, dans certains cas, au tuteur et au subrogé tuteur (articles 440, 448, 454, 455); mais les tiers pourront-ils de même, en leur nom propre, introduire une instance en nullité pour vice de forme, quand ils auront intérêt à s'opposer à l'exécution de cet acte ?

Pour répondre à cette question, il faut distinguer :

1° Si l'irrégularité est de nature à entraîner de plein droit la nullité de la délibération, à la faire considérer comme inexistante, les tiers pourront se prévaloir de cette inexistence. (En ce sens Civ. cass. 19 mai 1887, D. P. 87, 1,412.)

2° Si la nullité dont est entachée la délibération résulte de l'inobservation des règles établies exclusivement dans l'intérêt du mineur, cette nullité sera essentiellement relative, et ne pourra être invoquée que par le mineur ou par ses représentants, et les tiers seront sans qualité pour provoquer la nullité de cette délibération. (En ce sens : Riom, 10 juillet 1846, D. P. 46, 2, 180.)

Le juge de paix, président du conseil de famille, pourra-t-il se pourvoir contre une délibération de ce conseil ?

On a répondu par l'affirmative en disant que l'article 883 donnait ce droit aux membres du

conseil de famille sans distinction, et que le juge de paix en était, sans contredit, le principal membre. Cette théorie ajoute que la considération qu'il doit rester à l'écart des débats irritants, afin de conserver son rôle de modérateur, ne doit pas suffire pour lui refuser ce droit, puisque, en vertu de l'article 416, il a voix délibérative et même prépondérante en cas de partage. Il est donc tout naturel, s'il fait partie de la minorité, qu'il puisse se prévaloir de l'article 883, et ce serait alors une grande garantie pour le mineur : autrement, le juge de paix étant seul de son avis, et par suite la délibération n'étant pas unanime, si on n'admettait pas son recours, on violerait formellement l'article 883.

Nous objecterons à cette doctrine qu'elle part d'un point de vue faux : les mots « membres de l'assemblée », employés par l'article 883, qui indiquent les personnes qui auront ce droit de recours, au lieu de s'appliquer au juge de paix, ne doivent s'entendre que des parents, alliés ou amis. Si le juge de paix, en effet, était compris au nombre des personnes admises à se pourvoir contre la délibération, il se trouverait compris par le même article au nombre des personnes contre lesquelles la demande doit être formée quand il a été de l'avis de la délibération ; or, nous verrons

que le juge de paix ne peut être mis en cause ¹.

Enfin, pour la même raison qui nous a fait refuser au ministère public le droit de provoquer la convocation du conseil de famille, nous ne pensons pas qu'il puisse se prévaloir davantage de la disposition de l'article 883.

En résumé, les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées par le tuteur, le subrogé tuteur, le curateur, un membre qui a délibéré, un parent non convoqué, un tiers intéressé; peu importe qu'il se plaigne de la forme ou du fond, lors même que ces délibérations auraient été prises à l'unanimité ou qu'elles seraient soumises ou non à l'homologation.

L'article 883 dispose que l'action en nullité doit être formée contre les membres qui ont été d'avis de la délibération.

Le Juge de paix peut-il être mis en cause ? On s'accorde unanimement pour décider qu'ayant agi comme magistrat, il doit être poursuivi par la voie de la prise à partie ² ; car il procède, quand il préside le conseil de famille, en vertu de ses attributions de magistrat, bien qu'il ne fasse pas acte de juge.

La loi n'ayant pas fixé de délai pour se pourvoir contre les délibérations du conseil de

1. En ce sens : DEMOLOMBE, T. VII, n° 337; — AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 96, p. 389, note 4; — LAURENT, T. IV, n° 467; — HUC, T. III, n° 319.

2. DEMOLOMBE, T. VII, n° 343.

famille, on ne saurait étendre à cette hypothèse la disposition de l'article 439-2°, qui est accordée au tuteur et au subrogé tuteur pour faire valoir leurs dispenses ¹. Mais, en fait, l'incertitude ne pourra être de longue durée, surtout du côté du tuteur ou du subrogé tuteur, par la raison que, si les excuses sont rejetées, il faudra qu'ils réclament ou bien qu'ils entrent en fonction.

Le tribunal compétent est celui dans l'arrondissement duquel le conseil de famille a été tenu ²: il est saisi de l'action comme juge en premier ressort; car les délibérations des conseils de famille ne sont pas des jugements, la présidence du Juge de paix à la délibération ne constituant pas un degré de juridiction.

Le jugement est sujet à appel (art. 889 Code proc. civ.), et aussi à opposition en suivant les formes et les détails du droit commun (art. 149 et suiv. Code proc. civ.), sauf les exceptions faites par la loi du 27 février 1880.

Ajoutons que les recours autorisés par l'article 883 sont ouverts, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, contre toutes les délibérations, qu'elles soient ou non sujettes à l'homologation du tribunal. Seulement, si la délibération n'est pas soumise à la formalité de l'homologation

1. DEMOLOMBE, T. VII, n° 456.

2. DEMOLOMBE, T. VII, n° 347.

du tribunal, la demande en nullité est portée devant le tribunal, selon le droit commun, directement et par voie d'action principale ; au contraire, si la délibération est soumise à l'homologation, elle peut être attaquée incidemment. (Art. 888 Code proc. civ. ¹.)

Tout cela est vrai des délibérations du conseil de famille proprement dites qui renferment une décision à exécuter, telle que la destitution d'un tuteur ; mais il en serait autrement des avis de famille qui ne font qu'exprimer une opinion ou donner un conseil, et qui ne sont pas de la nature des délibérations : il n'y aurait pas, en effet, lieu de les attaquer utilement.

1. AUBRY et RAU, T. I^{er}, § 95, p. 388. — LAURENT, T. IV, n° 465.

CHAPITRE VIII

RESPONSABILITÉ DES MEMBRES DU CONSEIL DE FAMILLE.

Notre ancien droit avait admis et sanctionné la responsabilité des membres du conseil de famille qui avaient nommé un tuteur notoirement insolvable, et cela, qu'il y ait eu dol ou simplement négligence de leur part.

En outre, dans certaines coutumes, notamment dans la coutume de Bretagne, on rendait les parents appelés à faire partie du conseil responsables du défaut de convocation de ce conseil.

L'un des projets du Code civil, dans une section intitulée : « Des garanties relatives à la tutelle » (art. 74 et 76), déclarait également responsables les parents qui avaient concouru à la nomination d'un tuteur insolvable, ainsi que les membres d'un conseil de famille qui, convoqués à la requête du subrogé tuteur pour changer le tuteur, n'avaient pas fait droit à sa demande.

Le Code civil n'ayant pas reproduit le projet, nous pensons que l'on doit en induire qu'en cette matière, le législateur s'en est référé au

droit commun ; d'où il résulte qu'en principe, les membres du conseil de famille ne sont pas, en général, responsables de leur avis ni de leurs votes donnés consciencieusement. Mais néanmoins, comme ils ont reçu un mandat de la loi, ils pourront être actionnés en dommages-intérêts, lorsqu'ils auront commis un dol ou une faute lourde témoignant de connivence, incurie ou indifférence inexcusable de leur part, en un mot s'ils n'ont pas rempli la mission que la loi leur a confiée avec les soins d'un bon père de famille. Les causes de responsabilité seront alors régies par les articles 1382 et 1383 du Code civil ¹.

Quant au juge de paix, malgré l'influence considérable qu'il exerce sur la direction du conseil de famille dont il est le président, il ne sera responsable que de fautes lourdes, et pourra seulement être pris à partie. (Art. 505 Code proc. civ.)

1. En ce sens : AUBRY et RAU, T. 1^{er}, n° 97 ; — LAURENT, T. V, n° 181.



APPENDICE A LA DEUXIÈME PARTIE

Des tuteurs *ad hoc*.

Il y a certains cas où la loi enjoint au conseil de famille de nommer un tuteur spécial, qui doit représenter le mineur relativement à certains droits ou dans certains actes spécialement déterminés, à la place du tuteur ordinaire : c'est ce que l'on appelle un tuteur *ad hoc*.

Lorsqu'il y a opposition d'intérêts entre le tuteur et son pupille, lorsqu'ils se trouvent, par exemple, l'un envers l'autre, dans la position de plaideurs ou de contractants d'après l'article 420, le subrogé tuteur a mission « d'agir pour « les intérêts du mineur lorsqu'ils seront en « opposition avec ceux du tuteur ». Alors, le subrogé tuteur prend l'accidentellement et momentanément le rôle de tuteur à la place du tuteur principal ; il exerce les pouvoirs de tuteur *ad hoc*, qu'il a reçus d'avance de son titre primitif. C'est ce qui arrivera, par exemple, dans le cas

où une mère et son fils mineur seront légataires selon le même testament : il ne suffira pas que la mère, tant en son nom que comme tutrice, transige avec les héritiers pour la validité de la transaction ; il sera essentiel que le mineur y soit représenté par son subrogé tuteur.

En pareil cas, il n'y a donc pas lieu pour le conseil de famille de nommer un tuteur *ad hoc* autre que le subrogé tuteur. Si le conseil de famille agissait autrement, cette nomination serait irrégulière ; et, le mineur n'ayant pas été valablement représenté, les actes passés par un tuteur *ad hoc* nommé à la place du subrogé tuteur contrairement à la prescription de l'article 420, seraient, non pas nuls, mais susceptibles d'être annulés dans l'intérêt du mineur, comme s'ils avaient été passés par le mineur lui-même. Les termes de l'article 420 sont trop absolus, en effet, pour qu'on puisse l'interpréter autrement. C'est ce qu'a décidé avec raison la Cour de cassation dans un arrêt du 5 août 1879, confirmant un arrêt de la Cour de Paris du 4 décembre 1878 ¹.

On a voulu objecter à cette théorie les articles 883 et 318 du Code civil. Mais l'article 883 prescrit la nomination d'un tuteur *ad hoc* dans le cas d'opposition d'intérêts, non pas entre

1. Journal du Palais, année 1880, page 471.

le tuteur et le mineur, mais entre plusieurs mineurs ayant le même tuteur. Or, dans ce cas la tutelle est dédoublée, et on est en dehors de l'hypothèse prévue par l'article 420. Quant à l'article 318 Cod. civ., relatif à l'action en désaveu, on comprend qu'il soit nécessaire de nommer un tuteur *ad hoc* pour représenter un mineur qu'il s'agit d'exclure de la famille ; car le plus souvent l'enfant ne sera pas en tutelle, ou, s'il est en tutelle, il pourrait arriver que le subrogé tuteur fût un parent du père putatif, un membre de la famille qui exerce l'action en désaveu.

La nomination d'un tuteur *ad hoc* ne peut pas intervenir en dehors des cas spécifiés par la loi ¹ : voyons quels sont les cas où il devra y avoir lieu à cette nomination.

D'après l'article 838 du Code civil, lorsque, dans un partage, il y a plusieurs mineurs ayant des intérêts opposés, la loi donne à chacun d'eux un tuteur particulier pour les représenter ; ces tuteurs sont désignés sous le nom de tuteurs spéciaux, et l'article 938 du Code de procédure ajoute que ces tuteurs seront nommés conformément aux règles du titre des « avis de parents ».

Il y a encore lieu, pour le conseil de famille,

1. En ce sens : Paris, 9 août 1875 (D. P. 77, 2, 56) ; — Liège, 14 avril 1881.

de nommer un curateur *ad hoc* lorsqu'on se trouve en présence d'un sourd-muet qui, ne sachant pas écrire, ne pourra manifester sa volonté d'accepter une donation que par des signes. Dans cette hypothèse, vu l'importance de cet acte, la loi a décidé qu'il serait nommé en ce cas un tuteur au sourd-muet pour accepter la donation en son nom. (Art. 936 Cod. civ.)

Enfin, il nous reste à examiner une dernière hypothèse dans laquelle il doit être encore nommé un tuteur *ad hoc* : c'est dans le cas d'une substitution permise. Lorsque, dans l'acte contenant la libéralité ou dans un acte authentique postérieur, le donateur ou le testateur qui a fait une substitution n'a pas désigné un tuteur chargé de surveiller la gestion au grevé, il y a lieu d'en désigner un. (Art. 1055.) Nous pensons que, dans ces deux derniers cas, c'est encore au conseil de famille que reviendra le droit de nommer le tuteur *ad hoc* ; car la loi a toujours attribué au conseil de famille une compétence générale pour nommer les tuteurs, et rien ne prouve qu'elle ait voulu faire, dans ces deux dernières hypothèses, une exception à cette règle générale ¹.

Enfin, disons pour terminer que, dans les cas où la loi nomme un tuteur *ad hoc* pour repré-

1. En ce sens : DEMANTE, T. IV, n° 75 bis.

senter le mineur, les pouvoirs de ce tuteur *ad hoc* sont les mêmes que ceux du tuteur ordinaire relativement aux actes qu'il est chargé d'accomplir¹.

1. En ce sens : Req. 27 octobre 1885 (D. P. 86, 1, 37).



CONCLUSION

Maintenant que nous avons examiné en détail l'institution du conseil de famille dans son organisation et dans ses diverses attributions, voyons en quelques mots la conclusion que nous devons dégager de cette étude.

Pour nous, le législateur a été loin d'atteindre le but qu'il s'était proposé, et il nous semble que les principales critiques que l'on puisse faire contre l'institution du conseil de famille peuvent se résumer dans ce que disait le tribunal de Nancy lors de la communication du projet aux tribunaux d'appel :

« Le conseil de famille, composé de parents
« et souvent d'étrangers, sous le titre de voisins
« ou amis, indifférents au sort de la tutelle ou
« mus par des vues d'intérêt particulier, fati-
« gués de leurs fréquentes réunions et empres-
« sés de se dissoudre, délibérera d'humeur,
« on se laissera entraîner sans examen dans les
« mesures proposées. . . . »

« L'intervention du juge de paix dégénérera,
« quant à l'intérêt des mineurs, en une vaine

« formalité : il sera rédacteur passif des dires
« des parties. »

Ce sont des reproches bien graves, mais qui, malheureusement, la pratique le prouve formellement, sont fondés.

De plus, la trop grande facilité avec laquelle la loi permet aux membres du conseil de famille de se faire représenter, aboutit à composer certains conseils de famille uniquement de personnes indifférentes aux intérêts du mineur. Dès lors, la famille, qui, d'après l'esprit de la loi, doit exercer un contrôle actif sur l'administration de la tutelle, s'efface, et abandonne en entier cette administration à l'arbitraire d'un parent éloigné, et même souvent d'un étranger.

Nous pensons que l'institution du conseil de famille a vécu : c'était un beau rêve des rédacteurs du Code civil, qui n'eût pu avoir de sérieux avantages que si, dans chaque famille, avaient régné entre tous ses membres une tendresse et une affection réciproques. Mais on est malheureusement forcé de reconnaître qu'en pratique, il n'en est pas ainsi dans notre famille moderne : il s'est, en effet, produit dans toutes les sociétés un mouvement uniforme remarquable par la dissolution graduelle de la dépendance de la famille, qui a été remplacée par des obligations individuelles. Dans notre siècle, l'individu tend à se substituer à la famille

comme unité sociale ; l'homme s'isole, et se désintéresse même de ses proches ; il s'efforce de plus en plus à se soustraire aux lourdes charges qu'impose la famille.

Ce mouvement a été ressenti presque universellement par toutes les sociétés européennes, et l'étude que nous avons faite, au début de cet ouvrage, du rôle que chaque législation de notre ancien continent réserve à la famille dans l'administration de la tutelle en est une preuve. Nous avons, en effet, pu voir que toutes ces législations, même celles qui avaient adhéré au texte de notre Code civil, ou s'étaient simplement inspirées de son esprit, avaient cédé à ce mouvement, et avaient éprouvé le besoin de reviser ou même de refondre à nouveau l'institution de la tutelle. Les unes, comme l'Allemagne, ont rompu brusquement avec la tradition de la tutelle de famille, et l'ont remplacée par la tutelle d'autorité ; les autres, comme le code néerlandais, n'osant pas abandonner tout d'un coup l'ancienne tradition de la tutelle de famille, ont, par des mesures spéciales, restreint petit à petit l'importance du rôle joué par la famille en faveur de l'autorité.

Nous dirons enfin, pour terminer cette étude, que notre Code civil, par suite de l'immobilité dans laquelle il est resté depuis 1804, est maintenant en retard sur les autres législations européennes.

Il nous semble que lui aussi, étant donné l'état actuel de la famille moderne, aurait dû renoncer à la tutelle de famille pour confier à l'autorité la protection de la personne et des biens des incapables, tout en conservant néanmoins et exceptionnellement la tutelle de famille. Mais il n'admettrait cette dernière tutelle que lorsqu'elle serait justifiée par des raisons particulières dictées par l'intérêt de l'incapable, et si toutefois ses membres méritaient, par leur honnêteté et leur situation, la confiance absolue de l'autorité tutélaire. Ce système, que nous voudrions voir appliquer en France, a été mis en pratique par le canton de Zurich dès 1884, et, depuis lors, n'a pas cessé de donner d'excellents résultats.

Vu :

Le Professeur Président de la thèse,
AMBROISE COLIN.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Université de Caen,
E. ZEVORT.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	3
APERÇU HISTORIQUE. — <i>Droit romain — Ancien Droit —</i> <i>Droit intermédiaire — Code civil.</i>	27
1 ^o Droit romain.	27
2 ^o Ancien droit.	29
3 ^o Droit intermédiaire.	33
1 ^o Code civil.	41
PREMIÈRE PARTIE. — <i>Organisation.</i>	45
CHAPITRE I^{er}. — COMPOSITION DU CONSEIL DE FAMILLE. .	45
CHAPITRE II. — 1 ^o DES CAUSES D'INCAPACITÉ.	87
2 ^o DES CAUSES D'EXCLUSION.	97
3 ^o DES EXCUSES.	103
CHAPITRE III. — DE LA CONVOCATION DU CONSEIL DE FAMILLE.	101
CHAPITRE IV. — 1 ^o DU MODE DE DÉLIBÉRATION.	115
2 ^o DE L'HOMOLOGATION.	131
DEUXIÈME PARTIE. — <i>Compétence du conseil de famille.</i>	139
CHAPITRE I^{er}. — ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE DU VIVANT DES PÈRE ET MÈRE.	141
CHAPITRE II. — ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE A LA MORT DE L'UN DES ÉPOUX.	161
OBSERVATIONS GÉNÉRALES.	161
1 ^o TUTELLE DU SURVIVANT DES PÈRE ET MÈRE.	163
2 ^o TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LES PÈRE ET MÈRE OU TUTELLE TESTAMENTAIRE.	165
3 ^o TUTELLE LÉGITIME DES ASCENDANTS	165
4 ^o TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE CONSEIL DE FAMILLE. . .	167
SECTION I ^{re} . — Nomination du tuteur.	167
SECTION II. — Nomination du protuteur. . . .	174
SECTION III. — Nomination du subrogé tuteur.	177

	Pages.
CHAPITRE III. — ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE AU COURS DE LA TUTELLE.	181
DES MESURES QUE LE CONSEIL DE FAMILLE DOIT PRENDRE QUANT A LA PERSONNE DU MINEUR.	181
CHAPITRE IV. — ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE AU COURS DE LA TUTELLE (suite).	207
DES MESURES QUE LE CONSEIL DE FAMILLE DOIT PRENDRE QUANT A L'AD- MINISTRATION DES BIENS DU MINEUR.	207
1 ^{re} Des mesures que le conseil doit prendre dès l'ou- verture de la tutelle.	209
SECTION I ^{re} . — Emploi des revenus du mineur.	209
SECTION II. — Vente des meubles	215
SECTION III. — Restriction à l'hypothèque légale.	217
2 ^{de} Des mesures que le conseil de famille doit prendre au cours de la tutelle.	218
SECTION I ^{re} . — Actes pour lesquels l'autorisa- tion du conseil de famille est suffisante.	218
A. — Baux.	218
B. — Aliénation des meubles. (Loi du 27 février 1880).	221
C. — Successions — Donations — Legs	236
D. — Actions immobilières.	242
E. — Partage.	248
SECTION II. — Actes pour lesquels l'autorisa- tion du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont nécessaires	259
A. — Emprunt	260
B. — Aliénations immobilières.	266
C. — Hypothèque.	277
D. — Aliénation des meubles incorporels.	280
E. — Transaction — Compromis.	281
3 ^e Du conseil de famille juge des causes de destitution et d'excuse	285

	Pages.
CHAPITRE V. — DES ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE RELATIVES A LA PERSONNE ET AUX BIENS DES MINEURS EMANCIPÉS.	288
1° NOMINATION D'UN CURATEUR.	288
2° RÔLE DU CONSEIL DE FAMILLE AU COURS DE L'ÉMAN- CIPATION	298
CHAPITRE VI. — ATTRIBUTIONS DU CONSEIL DE FAMILLE EN CE QUI CONCERNE LES INTERDITS.	314
1° De l'interdiction judiciaire.	315
SECTION I ^{re} . — Composition du conseil de fa- mille.	316
SECTION II. — Attributions du conseil de famille.	320
2 Interdiction légale.	325
3 ^e Attributions du conseil de famille en ce qui con- cerne les aliénés non interdits.	328
4 ^e Attributions du conseil de famille, en ce qui con- cerne les prodigues et les faibles d'esprit.	330
CHAPITRE VII. — DES RECOURS CONTRE LES DÉLIBÉRA- TIONS DU CONSEIL DE FAMILLE.	332
CHAPITRE VIII. — RESPONSABILITÉ DES MEMBRES DU CONSEIL DE FAMILLE.	348
APPENDICE A LA DEUXIÈME PARTIE. — <i>Des tuteurs</i> <i>ad hoc</i>	351
CÔNCLUSION.	357



